

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LÍGIA BRANDI LICHACOVSKI

O RISCO DO DESENVOLVIMENTO ENQUANTO EXCLUDENTE DE
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES E SUA
(IN)COMPATIBILIDADE COM O CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR

FLORIANÓPOLIS

2018

LÍGIA BRANDI LICHACOVSKI

**O RISCO DO DESENVOLVIMENTO ENQUANTO EXCLUDENTE DE
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES E SUA
(IN)COMPATIBILIDADE COM O CÓDIGO BRASILEIRO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à banca
examinadora da Universidade Federal de Santa
Catarina – UFSC, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharela em Direito.

Orientadora: Profª. Dra. Carolina Medeiros Bahia

FLORIANÓPOLIS

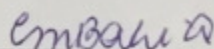
2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

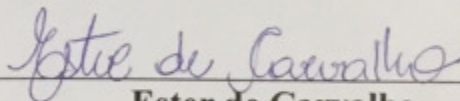
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “O risco do desenvolvimento enquanto excludente de responsabilidade civil dos fornecedores e sua (in)compatibilidade com o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Lígia Brandi Lichacovski**, defendido em **26/06/2018** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

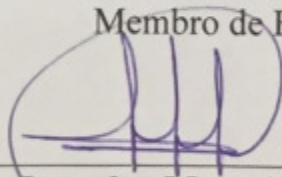
Florianópolis, 26 de Junho de 2018



Carolina Medeiros Bahia
Professor Orientador



Ester de Carvalho
Membro de Banca



Leandro Monteiro Liberal
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina

Centro de Ciências Jurídicas

COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Lígia Brandi Lichacovski

RG: 5.674.308

CPF: 084.178.729-81

Matrícula: 13203934

Título do TCC: O risco do desenvolvimento enquanto excludente de
responsabilidade civil dos fornecedores e sua (in)compatibilidade com o Código
Brasileiro de Defesa do Consumidor

Orientadora: Carolina Medeiros Bahia

Eu, Lígia Brandi Lichacovski, acima qualificada; venho, pelo presente termo,
assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico
apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 26 de junho de 2018.

Assinatura manuscrita em tinta azul, com traços fluidos e extensos, sobre uma linha horizontal.

LÍGIA BRANDI LICHACOVSKI

AGRADECIMENTOS

O fim da etapa da graduação traz consigo sentimentos bons de missão cumprida, fortalecimento e, acima de tudo, gratidão por todos aqueles que me abriram portas quando tudo parecia difícil. Nada do que fiz, nesses últimos anos, teria a mesma beleza se não estivessem presentes todos os mestres, amigos, profissionais e familiares, que junto comigo construíram essa jornada.

O primeiro “muito obrigada” vai para minha mãe, Roseli, sem a qual nada na minha vida teria a mesma cor. Mãe, é pelo teu exemplo e suporte que me vejo capaz de superar qualquer limite que a vida me impuser. Obrigada por ter me ensinado que nada é capaz de nos limitar, senão nós mesmos. Agradeço igualmente ao meu pai, Edgar, também pelo apoio que me proporcionou desde o início da minha vida. Gratidão por todo o companheirismo, por apostar no meu sucesso e felicidade. Também ao meu irmão, Bruno, que desde cedo me incluía nas brincadeiras e quem nos presenteou com sua flor Yasmin.

Minha gratidão aos meu tios, Eduardo, Sueli e Marcelo, por terem sido desde sempre um espelho de conhecimento para mim, e a quem devo parte do meu gosto pelo mundo jurídico. Os levo no coração, como exemplos de retidão, caráter e senso de justiça. À minha tia Ivânia, por ser uma segunda mãe a todos que dela precisam: todo meu amor e gratidão. Aos meus padrinhos Paulinho e Sílvia, por serem uma certeza na minha vida. Aos meus avós, Jussara e Edgar, Pedro e Lucinda (*in memoriam*) pelo carinho. Por fim, a todos meus familiares que de alguma forma contribuíram para a conclusão desse caminho e compreenderam minhas ausências.

Agradeço, também, aos amigos que tanto me ajudaram e serviram de alicerce emocional nos momentos de solidão. Sem vocês, certamente a vida não seria tão alegre. À Marina Rabelo, pela amizade sincera, pela companhia, e por sempre estar presente. Ao Rodrigo Tissot, pelo bom humor, cultura, inteligência e exemplo de desempenho acadêmico. Ao João Ramirez, por quem nutro um carinho imenso e torço para que nossos caminhos voltem a se cruzar. Ao João Harger, pelas vezes em que se dispôs a ajudar e dividiu comigo inúmeras alegrias. À Gabriela Consolaro, que experimentou as felicidades e tristezas da faculdade junto comigo. À Maria Eduarda Koenig, obrigada por acreditar no meu sucesso. À Milena Barbi, pelas conversas que sempre acalmam meu coração nos momentos de angústia.

À Giovanna Sigiló, pelo tempo em que moramos juntas, transformando vésperas de provas em risadas. À Luísa Walter, por todos os saberes compartilhados e risadas trocadas. Aos meus queridos afilhados, Bárbara e Paulo, minha gratidão por serem uma certeza na minha vida e acreditarem nos meus sonhos. A todos os amigos que acreditam no meu sucesso e fizeram parte, de alguma forma, de todas as conquistas que experimentei ao longo desses cinco anos de graduação.

Com o mesmo empenho, agradeço também à Paula Valkinir, por ter dividido comigo o primeiro estágio no Tribunal de Justiça. À Andréa de Faria, por ter dado a oportunidade desse primeiro estágio, e apostado suas fichas em quem não tinha nada, apenas força de vontade. Meu muito obrigada, igualmente, ao Desembargador Rogério Mariano do Nascimento, que junto com sua equipe me proporcionou dois anos de intenso aprendizado. À querida Janaína Linsmeyer, que despendeu seu tempo e esmero em me ensinar tudo o que sabia, em quem me espelho pela profissional que é. Minha gratidão a todos meus colegas do Tribunal de Justiça, do Ministério Público – CMA e também do Ministério Público Federal – PRDC. Todos foram determinantes em minha caminhada.

Por fim, meus agradecimentos a todos meus mestres, na pessoa de minha orientadora Carolina Medeiros Bahia, que desde cedo na faculdade já se tornou um exemplo de professora, com grande profundidade teórica e vocação para o magistério. Minha gratidão por ter me recebido em sua casa, por ter depositado seu tempo em meu trabalho e ter proporcionado grande parte do alicerce teórico que foi necessário. Agradeço também à banca composta por Leandro M. Liberal e Ester de Carvalho, por terem aceitado de prontidão em participar deste projeto.

*“[...] o pressuposto da vulnerabilidade aos perigos
depende mais da falta de confiança nas defesas disponíveis
do que do volume ou da natureza das ameaças reais.”*

Zygmunt Bauman

*“Terei que correr o sagrado risco do acaso.
E substituirei o destino pela probabilidade.”*

Clarice Lispector

RESUMO

Este trabalho tem por escopo a análise da responsabilidade civil no âmbito consumerista, bem como o tratamento dado para o risco do desenvolvimento enquanto excludente de responsabilidade civil do fornecedor. Para isso, aborda-se de início o contexto de incerteza gestado pela sociedade de risco, bem como a ineficácia dos instrumentos jurídicos existentes para lidar com as incertezas fabricadas. Então, parte-se para a abordagem da responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, estruturado a partir do dever positivo de segurança imposto pelo Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Analisando-se os pressupostos da responsabilidade civil pelo acidente de consumo, bem como pela problematização das divergências doutrinárias, são explorados o defeito, o nexo de causalidade e as excludentes de responsabilidade civil. Então, chega-se à análise do risco do desenvolvimento em si mesma, partindo de uma visão geral do direito comparado, para adentrar, enfim, nos argumentos contrários e favoráveis à aplicação do instituto.

Palavras-chave: Sociedade de risco. Responsabilidade Civil. Relação de consumo. Fato do produto. Excludente de causalidade. Riscos do desenvolvimento.

ABSTRACT

This work has as scope the analysis of civil responsibility in the consumerist scope, as well as the treatment given to the risk of development while excluding civil liability of the supplier. To do so, the context of uncertainty generated by the risk society, as well as the ineffectiveness of existing legal instruments to deal with the uncertainties manufactured, is initially addressed. Then, we start with the approach of civil liability for the fact of the product or service, structured based on the positive duty of safety imposed by the Brazilian Code of Consumer Protection. Analyzing the assumptions of the civil liability for the consumer accident, as well as for the problematization of doctrinal divergences, the defect, the causal link and the exclusions of civil responsibility are analyzed. Then one arrives at the analysis of the risk of development itself, starting from an overview of comparative law, in order to enter, in short, the arguments against and favorable to the application of the institute.

Keywords: Risk society. Civil liability. Consumption process. Product liability. Liability exclusion. Risks of development.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 SOCIEDADE DE RISCO E AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR EM CONTEXTO DE INCERTEZA	12
1.1 SOCIEDADE DE RISCOS E NOVOS RISCOS	13
1.2 A DIFERENÇA ENTRE RISCO E PERIGO	20
1.3 A AMPLIAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR EM CONTEXTO DE INCERTEZA	24
1.4 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO NO GERENCIAMENTO DOS NOVOS RISCOS	29
2 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO EM CONTEXTO DE INCERTEZA	34
2.1 DEVER DE SEGURANÇA	35
2.2 DIFERENÇA ENTRE VÍCIO E FATO DO PRODUTO	39
2.3 SISTEMA BRASILEIRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO OU SERVIÇO	41
2.3.1 Responsáveis	47
2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA	49
2.5 DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE NA SOCIEDADE DE RISCO	53
2.6 ELEMENTOS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE	56
3 A (IN)APLICABILIDADE DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO COMO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE NA SISTEMÁTICA DO CDC E ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS	62
3.1 VISÃO GERAL DO DIREITO COMPARADO	63
3.1.1 Aplicação dos riscos do desenvolvimento nos países europeus	67
3.1.2 Aplicação dos riscos do desenvolvimento nos Estados Unidos da América	71
3.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DO INSTITUTO	73
3.2.1 A irresponsabilidade pelos riscos do desenvolvimento	74

3.2.2 A responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento	78
3.3 ALGUNS CASOS EMBLEMÁTICOS	84
3.4 INCOMPATIBILIDADE DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO COM O SISTEMA BRASILEIRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO	88
CONCLUSÃO	93
REFERÊNCIAS	98

INTRODUÇÃO

Este estudo, apresentado como Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, tem como objetivo geral verificar se o instituto do risco do desenvolvimento, enquanto excludente de responsabilidade civil dos fornecedores, guarda compatibilidade com o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Para isso, serão utilizados dos objetivos específicos: buscar a contextualização do momento sociológico e histórico em que os riscos do desenvolvimento se inserem, à luz da Sociedade de Risco concebida por Ulrich Beck (1986), haja vista sua importância para situar o tema, bem como dos instrumentos disponíveis para lidar com os novos riscos da sociedade contemporânea; demonstrar a sistemática brasileira de responsabilidade civil do fornecedor pelos acidentes de consumo, bem como do dever de segurança e informação assegurados pelo CDC; estudar o nexo de causalidade e suas excludentes no âmbito consumerista; analisar o direito comparado para definir o que é risco do desenvolvimento e qual o tratamento dado ao instituto na União Europeia e nos Estados Unidos da América, para, então chegar à sua aplicabilidade no Brasil.

A escolha do tema justifica-se porque por mais que um produto seja testado, muitas vezes, é impossível assegurar que no futuro não apresentará nenhuma nocividade, manifestando um defeito imprevisível para o fornecedor. Em contexto de incerteza, no qual o progresso científico dá passos alargados em relação ao direito, essa realidade torna-se ainda mais notável. No mesmo sentido, a sociedade de massa ampliou a vulnerabilidade dos consumidores frente aos riscos. O ordenamento jurídico, através do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, apresenta ferramentas suficientes, capazes de proteger os consumidores frente à ampliação da incerteza.

No entanto, o problema central cinge-se à uma questão pertinente se observarmos que sobre alguém, necessariamente, os custos sociais e econômicos dos riscos irão recair. Nessa linha, questiona-se: os riscos do desenvolvimento enquanto excludente de responsabilidade civil do fornecedor são compatíveis com o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor? Ou, reformulando a questão: a quem cabe arcar com os danos sobrevindos dos riscos do desenvolvimento? É o consumidor apto a suportar esses riscos? Ou deve o fornecedor absorvê-los, ainda que imprevisíveis?

Frente ao problema central, duas vertentes completamente dissonantes dividem a doutrina: há quem defenda a responsabilização do fornecedor e quem entenda pela exclusão de sua responsabilidade. A hipótese básica deste trabalho é de que a exclusão da responsabilidade pelo risco do desenvolvimento é incompatível com o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, porque o escopo da legislação consumerista busca ampliar sua proteção e seria o fornecedor o agente com maior capacidade de absorção desses riscos. Para ser possível uma análise técnica e socioeconômica do tema, estabeleceram-se as seguintes variáveis: sociedade de risco e incertezas fabricadas, que explicam em que contexto emergem os riscos do desenvolvimento; vulnerabilidade do consumidor, que é ampliada em contexto de incerteza; dever de segurança e proteção à saúde dos consumidores, que resultam em uma obrigação positiva do fornecedor não colocar produtos extremamente nocivos ou defeituosos no mercado de consumo; defeito do produto, caracterizado por um desvio das legítimas expectativas dos consumidores e presumido diante da ocorrência do dano; o fundamento da responsabilidade objetiva no CDC, decorrente do risco da atividade do fornecedor; os elementos excludentes de responsabilidade civil dos fornecedores, dos quais cabe ao fornecedor fazer prova para se eximir da responsabilidade; por fim, os riscos do desenvolvimento, entendidos enquanto elemento interno da concepção do produto, isto é, fortuito interno ou defeito.

A metodologia utilizada é a da pesquisa descritiva, adotando o método de abordagem dedutivo e o procedimento monográfico, valendo-se da técnica de pesquisa bibliográfica nas fontes primárias e secundárias, a partir de revisão de textos, análise do direito comparado e de alguns casos práticos nos âmbitos nacional e internacional.

Estruturalmente, optou-se pela divisão em três capítulos. O primeiro, para tratar do contexto da sociedade de risco e suas consequências, da diferença entre risco e perigo, da ampliação da vulnerabilidade do consumidor em contexto de incerteza, bem como do papel precaucional a fim de se adiantar aos riscos.

O segundo capítulo possui uma abordagem mais técnica, e visa sistematizar a responsabilidade civil dos fornecedores na relação de consumo, iniciando pelo dever de segurança dos fornecedores e proteção à saúde dos consumidores, passando pela diferenciação entre vício e fato do produto ou do serviço, para então se chegar à responsabilização do fornecedor pelos acidentes de consumo, em decorrência de violação geral do dever de segurança. Assim, será possível destrinchar os pressupostos dessa

responsabilização, isto é, defeito, nexo de causalidade e dano. Ainda, far-se-á uma análise do nexo de causalidade no CDC, bem como das excludentes de responsabilidade por ele albergadas.

Já, o terceiro capítulo terá como escopo a análise do instituto do risco do desenvolvimento enquanto um desses elementos de exclusão da responsabilidade civil, iniciando-se por uma visão geral do direito comparado, notadamente na Europa e nos Estados Unidos da América. Após, será realizada uma análise dos argumentos favoráveis e contrários à aplicação do instituto, bem como de casos emblemáticos para sua ilustração. Ao final, será possível verificar se a hipótese básica de que a exclusão da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento são compatíveis ou não com o CDC, a partir dos argumentos trazidos até então pela melhor doutrina, bem como a partir da análise pura da legislação.

Salienta-se que a aprovação do presente Trabalho de Conclusão de Curso não representa o endosso da Professora Orientadora, da Banca Examinadora e do CCJ/UFSC ao conjunto de ideias e considerações sobre as quais se fundamenta ou que nele são expostos.

1 SOCIEDADE DE RISCO E AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR EM CONTEXTO DE INCERTEZA

Para melhor compreender o que são os riscos do desenvolvimento e quais suas consequências para a vida das pessoas que a eles estão sujeitas, é preciso contextualizar o momento social, histórico e econômico em que se manifesta esta realidade. Nesse sentido, o contexto de incerteza experimentado hodiernamente, fruto do exponencial avanço tecnológico, é melhor estudado à luz do paradigma da “sociedade de risco” (*Risikogesellschaft*), termo concebido por Ulrich Beck, em 1986. Os estudos de Beck tiveram grande influência na análise sociológica do fim do século XX, isto é, na modernidade avançada, pois deu conta de avaliar as consequências do progresso científico de um modo crítico (LOPEZ, 2013, p. 3; FERREIRA, 2010, p. 17).

Assim, frente às mudanças sociais e tecnológicas, resíduos da Revolução Industrial, bem como da ampla modernização dos sistemas de produção, inúmeras vantagens e facilidades foram disponibilizadas à sociedade. Mas, em contrapartida, ampliou-se a exposição dos consumidores a riscos com enormes potenciais catastróficos, pois suas características se diferem dos riscos do momento histórico anterior, que agora não são mais determináveis com clareza.

Tais riscos contemporâneos não se confundem juridicamente com o termo perigo. A partir das concepções de Giddens (1990) e Luhmann (1988), observa-se a falta de importância do agir humano para se precaver de um risco que já está latente nas relações atuais de causa e efeito em razão da sociedade de massa em que se está inserido, que não permite estar isento de riscos ainda que se abstenha de agir.

Não se nega que o progresso científico seja essencial para possibilitar a cura de doenças graves, para desenvolver medicamentos mais eficientes, aumentar expectativa de vida, dentre outros avanços. No entanto, diante do cenário de imprevisibilidade dos riscos cada vez mais presentes, em razão da velocidade que a tecnologia se desenvolve, mostra-se imperioso inaugurar o debate sobre os riscos do desenvolvimento a partir de seus aspectos sociológicos, da diferenciação entre risco e perigo, da demonstração da vulnerabilidade dos

consumidores frente ao risco, bem como do exame do papel precaucional em relação à incerteza.

1.1 SOCIEDADE DE RISCOS E NOVOS RISCOS

Ulrich Beck (2002, p. 1) explica que a sociedade contemporânea passou por uma radical mudança a partir da industrialização e que, embora muitos sociólogos se utilizem de paradigmas distintos para explicar tal alteração social, “todos concordam que nas próximas décadas enfrentaremos contradições profundas e paradoxos desconcertantes, e que experimentaremos esperanças envoltas em desespero” (tradução livre). Para ele, as ideias de controle, certeza e segurança entram em colapso, na medida em que se está constituindo um novo tipo de capitalismo, economia e ordem global e, conseqüentemente, um novo tipo de sociedade, que se difere das fases anteriores de desenvolvimento social (BECK, 2002, p. 2-3).

Beck (2002) estuda essa transformação sob os olhos da “modernização reflexiva”, a partir da constatação de novos riscos gestados por uma expansão cega e contínua, e sobre a qual emerge uma reflexão dos próprios fundamentos desse desenvolvimento desordenado, no qual a sociedade é incapaz de confrontar seu próprio potencial destrutivo (BECK, 2002, p. 199 *et seq.*).

Assim, o paradigma do risco representa um estágio avançado da sociedade industrial, e seu estudo pode ser delimitado em três momentos distintos: a) sociedade industrial (entre os séculos XVIII e XIX, denominada por Beck de “sociedade de riscos residuais”); b) período de contenção e domesticação dos riscos mensuráveis e calculáveis, decorrentes da sociedade industrial; c) sociedade de risco contemporânea, momento de crise do Estado de bem-estar social e de desenvolvimento desmedido, conduzindo a uma nova modalidade de riscos, dessas vez não mensuráveis ou incipientes, chamados de “riscos produzidos” ou “incertezas fabricadas” (CASTRO, 2002, p. 124-125; VENÂNCIO, 2017, p. 38-39).

Rememora-se que antes da era da indústria, ou seja, antes do século XVIII, os riscos eram atribuídos aos castigos de Deuses e à magia (HENKES, 2007 p. 776). Tanto Giddens (1990) quanto Beck (2002) concordam que, nas sociedades pré-industriais, os riscos eram encarados como “grandes golpes do destino” (BECK, 2002, p. 78) e atribuídos a fatores

externos (demônios, natureza, deuses), motivo pelo qual os riscos eram despidos de qualquer carga política, pois desvinculados de decisões humanas.

No entanto, o advento da era da indústria, no final do século XVIII até meados do século XX, fomentou riscos não mais externos a atividade humana – isto é, naturais ou sobrenaturais – mas sim como resultado de processos da industrialização e consequentes desenvolvimento tecnológico e científico (HENKES, 2007, p. 776). Nesta linha, os riscos industriais, diferentemente dos riscos “pré-industriais”, são decorrentes de processos decisórios humanos e são providos de carga política, na medida em que “as pessoas, as empresas, as organizações estatais e os políticos são responsáveis” por eles (BECK, 2002, p. 79, tradução livre). Para Beck (2002, p. 79), “não é o número de mortes e ferimentos, mas sim uma característica social, o seu autogerenciamento industrial, que torna os perigos da nova tecnologia uma questão política” (tradução livre).

O medo e a incerteza, a partir de então, não advém somente das catástrofes naturais. Os riscos da indústria são qualitativamente diferentes, pois enquanto as catástrofes eram desvinculadas das ações do homem, os riscos modernos eram produzidos por decisões humanas, uma vez que decorrem do impacto dos nossos conhecimentos e também do desenvolvimento da tecnologia (GIDDENS, 2005, p. 72).

Castro (2002, p. 125) ressalta, ainda, que esses riscos industriais são incipientes e controláveis, pois ainda que provenientes de progressos técnicos, econômicos e científicos, sob a égide da racionalidade, suas potencialidades de danos estavam longe do auge e os efeitos dos riscos na vida das pessoas ainda eram passíveis de certo controle.

Com efeito, esse cenário fez crescer a necessidade de gestão dos riscos, e a sociedade industrial em desenvolvimento, carregada de conflitos, precisou configurar um sistema de normas para lidar com os riscos e inseguranças que dela foram produzidos. Isso porque, as consequências que a princípio afetariam unicamente um indivíduo, converteram-se em riscos causados de forma sistemática (BECK, 2002, p. 79).

Assim, fez-se necessário que o risco fosse calculado, vinculando as ciências físicas, a engenharia e as ciências sociais. Operou-se uma “moralização tecnológica”, de modo que já não era mais necessário aplicar os imperativos morais e éticos, mas sim os cálculos que provêm das ciências exatas. A isso, Beck (2002, p. 80) chama de “ética matemática da era tecnológica”, significando uma ética sem moralidade. Anota-se, ainda, que o risco deixa de ser mero golpe de azar, adquirindo roupagem de acontecimentos estatisticamente planejados

através de cálculos de probabilidade, sendo socialmente suportados pela mutualização dos prejuízos.

Beck (2002, p. 81) percebe, então, que a implementação dessa ética sem moral, movida tão somente pelas ciências exatas, pretensamente infalível e certa, tenta capacitar o sistema industrial para lidar com um futuro imprevisível. Mas, com isso, promete o impossível, uma vez que pretende calcular o incalculável por meio de fórmulas de compensação (BAHIA, 2016, p. 65).

Pouco e pouco, contudo, configurou-se a emergência de uma série de novos desafios tecnológicos, notadamente a partir de meados do século XX, que não mais compartilham das mesmas características dos riscos incipientes e controláveis da sociedade industrial. A energia nuclear, a produção química e biotecnológica e a potencialidade de destruições ecológicas em grandes escalas subverteram a lógica da gestão de riscos até então predominante, de modo que agora têm a potencialidade de destruir toda a vida do planeta (BECK, 2002, p. 81).

Esses “novos riscos” deram contornos à Sociedade de Risco propriamente dita, que se diferencia do paradigma da Revolução Industrial, e do posterior momento de “gestão dos riscos”, justamente pela imprevisível potencialidade de danos em massa. Castro (2002, p. 125) assinala que a Sociedade de Risco é consequência da “expansão em escala planetária da lógica do mercado e da racionalidade que a comanda”, em que a busca exaustiva por todas as formas de progresso, instigada pelo crescente desenvolvimento científico, econômico, burocrático e jurídico conduzem a este novo gênero de riscos. A Sociedade de Risco, nessa linha, seria uma fase da modernidade em que tomam corpo as ameaças até então produzidas no caminho da sociedade industrial, e que acabaram por escapar de seus próprios mecanismos de controle (BECK, 1997, p. 17).

No mesmo sentido, não se olvida que na história da humanidade sempre houve riscos em certa medida, mas o que torna os “velhos riscos” (aqueles anteriores à sociedade industrial e também os decorrentes dela) diferentes dos “novos riscos” – posteriores à sociedade industrial, alusivos à sociedade de risco contemporânea – é a inexorável potencialidade destrutiva desses. Isto é:

Por conta da sua concretude, os riscos industriais são passíveis de uma avaliação segura quanto a suas causas e consequências e têm a sua dimensão temporal e territorial bem delimitada. Já os novos riscos, em virtude de sua indeterminação e dificuldade de avaliação científica, são passíveis apenas de

uma avaliação probabilística e têm a potencialidade de atingir um número indeterminado de pessoas (BAHIA, 2016, p. 67).

Na verdade, Beck (2002, p. 84) observa os pilares que sustentavam o “cálculo do risco” serem derruídos: a) a indenização monetária; b) a segurança do controle antecipatório dos resultados; c) a delimitação espaço-temporal dos danos; d) os padrões de normalidade.

A indenização monetária é destruída porque os danos produzidos são globais e, por isso, seriam irreparáveis ou de difícil determinação pecuniária. Já o controle antecipatório dos resultados não funciona, porque nos casos de acidentes fatais, não seria possível o controle através de medidas cautelares ou paliativas. Por sua vez, a delimitação espaço-temporal dos danos não mais se verifica como na era industrial, sendo agora um evento com início, mas sem um fim: “um festival aberto de ondas de destruição progressiva, galopante e sobreposta” (BECK, 2002, p. 84, tradução livre).

Por fim, os “padrões de normalidade”, isto é, a base de cálculo do risco, também restam comprometidos, pois se comparam grandezas incomparáveis, envolvendo “riscos hipotéticos baseados em um dessaber científico e um dissenso normativo” (VENÂNCIO, 2017, p. 39 *apud* BECK, 2008, p. 5-6), e o cálculo deixa de servir de critério eficiente para avaliação dos riscos, passando a se converter em mecanismo de ofuscação.

Pode-se dizer, assim, que os novos riscos derivam da transformação de incertezas em decisões, que antes eram tomadas baseando-se em normas fixas de cálculo, conectando meios e fins ou causas e efeitos (HENKES, 2007, p. 777). Os novos riscos, a partir disso, invalidaram esses critérios e as normas até então postas, de maneira que a sociedade de risco emerge na mesma medida em que se esgota o modelo de desenvolvimento perpetrado pela sociedade industrial, colocando-se em relevo os riscos por ela criados (BECK, 2002, p. 05).

Efetivamente, a Sociedade de Risco Residual (industrial) converteu-se em uma sociedade não assegurada, de sorte que, paradoxalmente, a proteção das pessoas diminui na medida em que se aumentam os riscos. Mais grave do que isso, contudo, é que nenhuma instituição está preparada para lidar com esses riscos ou com o pior acidente imaginável, tampouco existe uma ordem social que garanta sua continuidade política no pior cenário possível. Por outro lado, inúmeros especialistas voltam-se para a única possibilidade que lhes resta, isto é, negar a existência dos riscos. Isso porque, as medidas paliativas que, de certa forma, garantiam a segurança frente aos riscos, eram pautados pelo dogma da “infalibilidade tecnológica”. A cada novo acidente, no entanto, essa premissa é refutada e colocada à prova,

e a estabilidade política da Sociedade de Risco passa a depender de “não pensar nas coisas” (BECK, 2002, p. 83-84, tradução livre).

Em razão das características dos “novos riscos” (globalidade, projeção no espaço-tempo, dificuldades de controle e não-compensação), torna-se bastante difícil calcular a dimensão dos danos, bem com determinar os responsáveis por eles (BAHIA, 2016, p. 66). Entretanto, a pedra de toque que diferencia os riscos atuais é a sua “invisibilidade” em relação aos sentidos humanos. O estado de incerteza experimenta-se, geralmente, sem que os afetados tenham ciência de sua manifestação ou existência.

Beck (2002, p. 86) indica, aliás, que é exatamente a “expropriação de sentidos” quanto aos riscos globais, o que torna insegura a vida. Mais do que isso, em certos casos, os riscos sequer são percebidos durante a vida dos atingidos, mas sim de seus descendentes, sendo intergeracionais (BECK, 1998, p. 33). Com isso, é necessário o uso dos “órgãos perceptivos da ciência para que sejam visíveis e interpretáveis como perigos” (BAHIA, 2016, p. 66).

Eis mais um paradoxo da Sociedade de Risco: a mesma ciência que causa riscos passíveis de danos de altas consequências, é a única com capacidade para tornar esses riscos perceptíveis (BAHIA, 2016, p. 67; BECK, 2002, p. 92).

A partir dessa nova conformação da Sociedade de Risco, é preciso lidar com esses novos desafios lançados pelos “megaperigos” (ameaças ecológicas, tecnologias bioquímicas e nucleares) e sua imprevisibilidade. Contudo, os instrumentos disponíveis para isso são os mesmos da Sociedade Industrial que, pautados na infalibilidade tecnológica, viram-se inúteis ao cálculo dos novos riscos (BECK, 2002, p. 87). Como já dito anteriormente, restou aos especialistas apenas negar a existência dos riscos, sendo crucial “não pensar nas coisas” (BECK, 2002, p. 83-84).

Tudo isso culmina em outro ponto chave da Sociedade de Risco hodierna, ao que Beck denomina de “irresponsabilidade organizada”. Ainda que a sociedade devesse reconhecer a realidade das catástrofes, suas instituições negam os riscos, escondendo suas origens e, consequentemente, excluindo a compensação e a possibilidade de controle (BECK, 2002, p. 236-237). Nesse sentido, há uma inerente dicotomia na Sociedade de Risco, pois ao passo em que se editam normas buscando administrar os riscos, ainda que com ferramentas limitadas, também com isso se normalizam os perigos a que se expõe a população:

Expressando de outro modo, as sociedades de risco se caracterizam pelo paradoxo de uma degradação ambiental crescente – percebida e possível –

em combinação com uma expansão do direito e da regulação ambiental. Sem embargo, ao mesmo tempo parece que nenhum indivíduo ou instituição é especificamente responsável por nada (BECK., 2002, p. 237, tradução minha).

Para Beck, a chave para explicar esse estado das coisas é o atraso que existe entre a sociedade de risco e a característica dos perigos e de incertezas fabricadas, no sentido de que se usam normas científicas que não mais funcionam para albergar o novo modelo de sociedade, porquanto criados pelo industrialismo, que é qualitativamente diferente (BECK, 2002, p. 237).

Usando-se dessas normas inadequadas, as instituições da sociedade industrial desenvolvida dispõem de um amplo arsenal para a “normalização” dos perigos não calculáveis, sendo que “estes podem ser subestimados, reduzidos à inexistência através de comparações ou ser reduzido ao anonimato causal e jurídico” (BECK, 2002, 90, tradução livre). Desse modo, o “não pensar nas coisas” dá espaço à normalização dos perigos, culminando exatamente na “irresponsabilidade organizada”, na qual ninguém assume a responsabilidade pelos resultados da modernização. Nas palavras de Venâncio (2017, p. 40-41):

Na irresponsabilidade organizada, é exatamente a aplicação das normas que garante a não atribuição de ameaças sistêmicas, as quais são reduzidas a riscos e legalmente e cientificamente normalizadas como “riscos residuais improváveis”, tornando possível a estigmatização de protestos de oposição. Sendo assim, por exemplo, aqueles que mantêm os níveis de poluição no máximo, advogando por um estrito nexo de causalidade, transformam o perigo na normalidade, apesar de que agem, em tese, dentro da normatividade. Nesse âmbito, as ameaças se estendem às categorias das instituições que lhes administram, não existindo porque são administradas e crescendo porque não existem. Um claro exemplo de irresponsabilidade organizada foi, em 2015, o rompimento da barragem de rejeitos de Fundão, operada pela Samarco em Minas Gerais, evento que ficou conhecido como o “Desastre de Mariana” e representa uma das maiores tragédias ambientais do país. Apesar das grandes questões que continuam sem resposta acerca do desastre, tem-se que a ruína do empreendimento, o qual operava em tese dentro da normatividade, comprometeu a flora, a fauna, o Rio Doce e incontáveis vidas humanas, originando riscos fabricados e danos que continuam sem a devida reparação.

Ademais, na medida em que as instituições são acometidas com a irresponsabilidade organizada, cuja superação é um imperativo neste *gap* do Antropoceno, os riscos globais também impõem ao Direito a difícil tarefa de tomar decisões diante da incerteza. Como muito bem coloca Pardo, o desenvolvimento tecnológico dotou a humanidade de poderes de decisão até

então desconhecidos, que possuem efeitos por muitas vezes incertos e que podem se estender às futuras gerações.

Além disso, o paradigma do risco subverteu a lógica posta até então pela sociedade industrial, na medida em que as questões que antes decorriam da repartição de riquezas, agora se voltam para a distribuição dos riscos e perigos (BAHIA, 2016, p. 67; BECK, 1998, p. 26). A sociedade de risco, assim, passa a ser um somatório de problemas que ainda não possuem respostas das instituições que a comanda, e cujos reflexos originam incertezas fabricadas a que todos estão expostos (VENÂNCIO, 2017, p. 39).

Neste ponto, é imperativo observar que toda a ideologia de Estado da modernidade foi construída sob o viés do medo e do caos, de maneira que a cultura do “risco sem arrependimentos” faz o papel de legitimador da existência institucional do “Estado de bem-estar”. Há necessidade de segurança frente aos acontecimentos acidentais e às catástrofes. No entanto, para que o risco alcance sua posição legitimadora, “o Estado precisa apresentá-lo em duas dimensões complementares: (a) como acidente, isto é, como disfunção passageira no bom funcionamento do mecanismo institucional dominante e (b) atomizado, um a um e nunca como um perigo global” (SERRANO, 2009, p. 236).

Na responsabilidade civil, a Sociedade Industrial alterou sua natureza eminentemente subjetiva para admitir, em determinadas hipóteses, a imputação independente de culpa, como ocorre com os acidentes de consumo (BAHIA, 2016, p. 67). Assim, “o direito absorveu os prejuízos pelas atividades de risco em termos de responsabilidade objetiva” (CASTRO, 2002, p. 125). Entretanto, como bem se demonstrou neste início de capítulo, os instrumentos operacionais decorrentes dos riscos da era da indústria não são suficientes para lidar com os riscos globais – porque esses são complexos, intergeracionais, não compensáveis em sua maioria.

Impera-se, nesse sentido, a adequação dos mecanismos jurídicos, bem como a juridicização dos riscos (BAHIA, 2016, p. 68), para que a responsabilidade civil não seja apenas mais um dos mecanismos de ofuscação descritos por Beck (2002, p. 84) ou possua somente papel simbólico. É exatamente nesse contexto em que se insere a responsabilização pelos riscos do desenvolvimento.

1.2 A DIFERENÇA ENTRE RISCO E PERIGO

O paradigma da Sociedade de Risco, como visto, nasce da ideia de que as pessoas estão constantemente expostas a riscos incontrolláveis e imensuráveis, muitos dos quais sequer são conhecidos. Tais riscos não obedecem a repartição de riquezas, e podem, inclusive, atingir a todos os indivíduos de uma sociedade. Mas o que exatamente diferencia um risco de um perigo ou de uma ameaça?

Para confrontar tal questão, Giddens (1990) buscou respostas através da diferenciação entre crença e confiança, as quais entende estar intimamente atreladas à distinção risco/perigo.

Giddens (1990, p. 32-34) explica que, para Luhmann (1988), o termo “confiança” deve ser compreendido em relação ao “risco”. A noção de risco originou-se a partir do momento em que se compreendeu que decisões humanas podem ter como consequência resultados inesperados, aproximando-se daquilo que era pensado como “fortuna” ou “destino”. Nesse sentido, “confiança” presume que haja consciência da existência de um risco, porque quem age positivamente, tomando uma decisão, deve conhecer que disso podem aflorar determinados resultados acidentais. Assim, é possível ter certa ingerência sobre os riscos a que se submete, existindo a possibilidade de controle (LUHMANN, 1988, p. 97). Justamente por isso, quem toma a decisão deve assumir sua parcela de culpa nos resultados que alcançar, ou até mesmo pode vir a se arrepender de ter depositado sua confiança em alguém ou em alguma coisa (GIDDENS, 1990, p. 33).

Por outro lado, isso já não ocorre se nos depararmos com a introdução do vocábulo “crença”, que pressupõe desígnios independentes das decisões humanas. Luhmann (1988) entende que, na “crença”, o ser humano não acredita que tem qualquer responsabilidade sobre o acontecimento que originou o perigo. Nesse sentido, o perigo não decorre de uma tomada de decisão humana, mas sim de se acreditar que as coisas permanecerão mais ou menos estáveis, a partir de um crença. Nas palavras de Giddens (1990, p. 33), Luhmann entende que “um indivíduo que não considera alternativas está numa situação de crença”, e reage a desapontamentos (ou resultados fora do esperado) culpando terceiros. Portanto, os perigos derivariam muito mais das contingências da vida do que da responsabilidade das pessoas (GIDDENS, 1990, p. 34).

“Confiança e crença” ligam-se, contudo, porque ambas referem-se a expectativas que podem ser frustradas. Mas, na confiança, as decisões humanas são determinantes para que o risco ocorra, de modo que as pessoas podem escolher quais atitudes tomar para evitar resultados arriscados. Por essa lógica, Luhmann (1988, p. 100) conclui que “se você se abstém de agir, não corre risco”. Concebe-se, assim, que o comportamento das pessoas é essencial e imprescindível para que estejam expostas, ou não, a riscos. Por sua vez, os perigos seriam aqueles decorrentes de contingências que não dependeriam da ação humana para ocorrer:

Na concepção de Luhmann, quando se trata de confiança, o indivíduo considera conscientemente as alternativas para seguir um curso específico de ação. Alguém que compra um carro usado, ao invés de um novo, arrisca-se a adquirir uma dor de cabeça. Ele ou ela deposita confiança na pessoa do vendedor ou na reputação da firma para tentar evitar que isto ocorra. Deste modo, um indivíduo que não considera alternativas está numa situação de crença, enquanto alguém que reconhece essas alternativas e tenta calcular os riscos assim reconhecidos, engaja-se em confiança. [...] A distinção entre confiança e crença depende da possibilidade de frustração ser influenciada pelo próprio comportamento prévio da pessoa e portanto de uma discriminação correlata entre risco e perigo. Porque a noção de risco é de origem relativamente recente, Luhmann alega, a possibilidade de separar risco e perigo deve derivar de características sociais da modernidade. Ela surge, essencialmente, de uma compreensão do fato de que a maioria das contingências que afeiam a atividade humana são humanamente criadas, e não meramente dadas por Deus ou pela natureza (GIDDENS, 1990, p. 33-34).

Giddens (1990, p. 34) discorda de Luhmann, todavia, porque não concebe que é possível estar isento de riscos se houver abstenção de agir. Ele compreende que há, sim, certo grau de correlação entre confiança/crença e risco/perigo, mas não há utilidade em diferenciar a “confiança” enquanto circunstância nas qual os indivíduos possam conscientemente determinar cursos alternativos de ação. Assim, Giddens (1990, p. 36) percebe que “confiança” não é nada mais que um tipo específico de crença, e sugere que o termo é exatamente o que deriva da “crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos”, no qual tal crença se expressa como fé na probidade (se o referencial for um sistema) ou amor (caso a referência seja uma pessoa).

Além disso, Giddens (1990, p. 34) entende que não é a decisão humana que diferencia o risco e o perigo, mas conclui que os perigos existem em situações de risco. Os perigos são, em certa medida, aquilo que equaciona o risco:

O perigo existe em circunstâncias de risco e é na verdade relevante para a definição do que é risco — os riscos que envolvem atravessar o Atlântico num pequeno bote, por exemplo, são consideravelmente maiores do que se a viagem for feita num grande transatlântico devido à variação contida no elemento de perigo.

Contudo, em que pese a existência de um risco pressupor a de um perigo, não é exatamente necessário que se tenha consciência de sua existência. Qualquer pessoa que assuma um “risco calculado” (GIDDENS, 1990, p. 36) tem consciência de quais ameaças podem disso emergir. No entanto, também é seguramente possível que as pessoas manifestem um agir ou se submetam a situações que são inerentemente arriscadas sem que, com isso, exista qualquer consciência do quanto de risco está em jogo.

Esse entendimento remonta a teoria concebida por Beck (2014), notadamente quando estrutura seu conceito crítico de riscos globais, no qual se diferenciam os riscos pré-industriais, riscos industriais e novos riscos. Os primeiros podem ser entendidos como ameaças, que dizem respeito às incertezas dos primórdios das sociedades, como guerras, enchentes, desmoronamentos. Já a segunda categoria (riscos industriais) são justamente os riscos calculáveis por probabilidade, decorrentes das mudanças tecnológicas e das decisões humanas (BECK, 2014, p. 81). Pelo raciocínio de Luhmann (1988), conforme visto, esta segunda esfera seria a exata diferença entre risco e perigo. Giddens (1990, p. 36), como já exposto, não concorda com tal limitação, e inclui a possibilidade dos riscos ocorrerem apesar de inexistir qualquer processo decisório por parte de quem será afetado pelos riscos. Mas, Beck vai além e nota a existência de uma terceira categoria: os novos riscos.

Os “novos riscos” podem ser entendidos como os riscos globais propriamente ditos, que não são passíveis de cálculo, previsibilidade ou compensação. E, acima de tudo, tendem a ser amplos e não respeitar fronteiras:

Risco é o enfoque moderno da previsão e controle das consequências futuras da ação humana, as diversas consequências não desejadas da modernização radicalizada. (...) Toda sociedade, por suposto, já experimentou perigos. Mas o regime de risco é uma função de ordem nova: não é nacional, mas global (BECK, 2002, p. 5, tradução livre)

Assim, esses “novos riscos” são nada mais que “incertezas fabricadas”, que também dependem de decisões humanas, mas são inevitáveis individualmente, incontrolláveis, imprevisíveis e impostos coletivamente, como acidentes nucleares e mudanças climáticas (BECK, 2014, p. 81). Se enxergarmos pela ótica de Giddens (1990), a possibilidade de haver exposição a esses riscos sem que, para isso, sequer se tenha colaborado, é exatamente o que falta na teoria de Luhmann (1988), porquanto esse concebia que, na abstenção de fazer, é possível estar livre de riscos.

De acordo com Serrano (2009), o conceito de risco foi introduzido tardiamente, para ressignificar situações nas quais se fez inadequado o termos de “acaso” ou “perigo”. Assim, é possível distinguir risco e perigo com fundamento no impacto das decisões humanas. Desse modo, “os riscos diferem dos perigos na medida em que identificam uma fase do desenvolvimento da modernidade na qual a interpretação das ameaças desvincula-se das causas naturais e intervenções divinas, para vincular-se aos processo de tomadas de decisões” (FERREIRA 2010, p. 16).

Pardo (1999) do mesmo modo, alude que a atuação humana não se limitou a eliminar os perigos naturais, ou mesmo os primeiros riscos criados. Na verdade, o desenvolvimento econômico e científico, pautado através das decisões humanas, continuou esse processo de criação de riscos, que são propriamente frutos da sociedade contemporânea (FERREIRA, 2010, p. 16).

Portanto, os riscos pré-industriais de Beck (2014) são nada mais que os perigos da natureza, que não dependem da ação humana e não são dados à carga política, uma vez que carecem de qualquer poder decisório. Já o risco é pautado pelo saber humano, pelos processos decisório. Contudo, ao contrário do que pretende Luhmann (1988), na sociedade contemporânea não é possível estar isento de riscos simplesmente a partir de um não agir individual. Isso porque, como notou Beck (2002), os riscos muitas vezes são imprevisíveis aos sentidos humanos e estão presentes mormente com o progresso científico e tecnológico. Em uma sociedade de massa, como se verá, os riscos decorrentes do desenvolvimento econômico se verificam em larga escala, e uma abstenção individual não é capaz de dirimi-la, pois permanecerá para a coletividade.

Por outro lado, também há o entendimento de que o cerne da distinção entre risco e perigo reside justamente na imprevisibilidade. Assim, o nível de incerteza que envolve o nexo

causal presta-se como parâmetro para determinar se se está lidando com um risco ou um perigo:

O risco é um perigo pressentido, mas não comprovado; o perigo é um risco de altíssima probabilidade. A fronteira entre os dois é, teoricamente, a da previsibilidade, que se debate com o ineliminável obstáculo da finitude do conhecimento científico (BAHIA, 2016, p. 68 *apud* GOMES, 2007, p. 226).

Lopez (2013, p. 6), por exemplo, entende que o perigo é um risco conhecido, como um limite de velocidade nas estradas ou exames médicos que antecedem uma intervenção cirúrgica. Assim, no perigo, é possível antever que há potencialidade de um resultado danoso. Enquanto isso, quando se trata de um risco, sua imprevisibilidade e invisibilidade em relação aos sentidos humanos é a pedra de toque que o define. Lopez (2013, p. 5), ainda, aprofunda-se e defende que ainda que se tomem medidas acautelatórias, o risco zero não existe: “Em suma, a única certeza na sociedade de risco é a incerteza, pois os riscos não podem ser mensurados”.

Como se vê, a diferenciação entre o risco e perigo diverge quanto à influência humana em seus resultados e também quanto à sua imprevisibilidade. De todo modo, os riscos do desenvolvimento podem ser classificados enquanto incertezas fabricadas – isto é, riscos decorrentes do avanço tecnológico. A um, porque decorrem do desenvolvimento científico e consequentemente do poder decisório humano. A dois, porque em certa medida são imprevisíveis até suas consequências virem à tona, como será possível melhor observar no último capítulo.

1.3 A AMPLIAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR EM CONTEXTO DE INCERTEZA

A sociedade de consumo mescla-se com a sociedade de risco, uma vez que ambas são descritas por recortes sociológicos distintos, mas cujos desenvolvimentos são concomitantes entre si. O avanço tecnológico e a alteração dos sistemas de produção, a partir da Era da Indústria, resultaram em um paradigma social baseado no consumo, que é agravado pelas incertezas fabricadas da sociedade de risco, mormente ao final do século XX, em virtude do surgimento da nova ordem econômica global. Nesse sentido, Castro (2002, p. 123-124) afirma:

Assim, a sociedade de consumo cruza-se com a sociedade de risco, uma vez que a primeira é organizada para a satisfação das necessidades da oferta e da procura de produtos e a segunda, representa um estágio avançado da sociedade industrial decorrente do processo de modernização e conscientização de seus efeitos catastróficos secundários a longo prazo.

Barbosa (2004, p. 19-20) afirma que a passagem do consumo familiar para o individual é elemento central para se entender o fenômeno da sociedade baseada no consumo. Isso porque, até os séculos XVII e XVIII, a sociedade era composta por grupos de *status*, cujos estilos de vida eram definidos de antemão por “leis suntuárias”, que se manifestavam nas atividades de lazer, nos padrões alimentares, nas escolhas de roupas e bens de consumo, de modo que as preferências individuais eram subordinadas e condicionadas a um método preestabelecido de se viver. As leis suntuárias definiam o que era permitido para um grupo social e o que era proibido para outros, fantasiando-se de uma preocupação moral com o luxo que, na verdade, significava uma demarcação de posição social – para dar seguimento à ordem estamental até então existente. Plebeus não poderiam viver como nobres, e vice-versa.

Entretanto, com o advento da Industrialização – dentre outras razões histórico-sociais, como a ampliação da burguesia – operou-se a falência desse sistema hierarquizado. Consequentemente, a relação de dependência entre o *status* social e estilo de vida foram rompidos, dando lugar a uma sociedade de mercado notada por um patente individualismo (BARBOSA, 2004, p. 21).

Desse modo, não existem mais grupos de referências e nem regramentos que decidam por nós e para nós: “os grupos sociais são indiferenciados entre si em termos de consumo” (BARBOSA, 2004, p. 22), no sentido de que para consumir não é mais imperativo pertencer a determinada classe nobre – todos somos consumidores, basta ter dinheiro.

A partir da metade do século XX, os novos métodos de produção passaram a complementar a conformação social até então existente, culminando em uma massificação e uniformização de produtos com o fim de baratear os custos para os produtores (NUNES, 2005, p. 68). Disso resultou, também, a padronização de bens de consumo que, por sua vez, reverteram-se na estandardização de comportamentos e refletiram-se na massificação de relações jurídicas.

Baudrillard (1996, p. 10) enxerga a sociedade de consumo sob o viés da simiologia, para mostrar que a abundância da oferta de bens e serviços alteraram a conotação daquilo que era considerado valoroso socialmente, que agora tem como elemento central o consumo.

Assim, consumir passa a ser um elemento de diferenciação: “é uma função social de prestígio e de distribuição hierárquica”. Não se consome mais pela necessidade, mas sim por distinção social:

De certa forma, Baudrillard se aproxima do conceito de Bourdieu de necessidade básica: o objeto não é simplesmente a satisfação dessa necessidade, é antes o local de uma produção, para satisfazer demandas que surgem (como novas) conforme se ascende na escala social. Assim, é necessário levar em conta não apenas os objetos que uma classe tem em comparação à outra, mas também a quantidade e, mais importante, a qualidade desse objeto, sua disposição e qual a o uso final dado a ela (GAMBARO, 2012, p. 22).

Outrossim, a individualidade, os objetos e o estilo de vida deixaram de ser apenas signos que identificavam as pessoas num grupo social, para ser verdadeiros requisitos de pertencimento a este (BARBOSA, 2004, p. 39). Dessa maneira, a fim de gerar um sentimento de “fazer parte de algo”, não se consome mais por necessidade, mas sim para identificação com um agrupamento de pessoas.

Com efeito, a relação jurídica entre fornecedor e consumidor tomou o contorno de uma relação impessoal, gestando a vulnerabilidade desse em relação àquele. É que o consumidor deixa de participar da formulação contratual e transmuda-se para um papel de mera sujeição às condições disponibilizadas pelos fornecedores. Exatamente pela premente sujeição àquilo que os fornecedores entendem como adequado – e, também, porque o modelo de sociedade de consumo não ampara o “não consumir” como uma opção – é que a vulnerabilidade do consumidor ampliou-se. Nesse sentido, explica Souza (2017, p. 14):

Marques afirma que com a nova conformação das relações de consumo, a partir da massificação, tornou os contratos na forma de adesão, modificando o comércio jurídico para um formato despersonalizado e desmaterializado (2005, p. 65). Ainda, devido à massificação, diversas informações são negligenciadas aos consumidores e agravam o espectro vulnerabilidade desse grupo de sujeitos. Desse modo, a perda da pessoalidade foi inevitável e colocou direitos básicos dos consumidores em constante estado de ameaça pelas práticas agressivas e massificadas dos fornecedores, cujos objetivos passaram a ser a expansão de mercado e a redução dos custos de produção. Nunes rememora que os custos para a produção em série com um nível de segurança de isenção de vícios ou defeitos é elevadíssimo, de modo que o fornecedor assume o risco de fabricação e prestação de serviços a um custo que não prejudique o benefício econômico que pretende ser realizado (2005, p. 155-156). Tal opção, que não conta com a participação do consumidor, acaba por expor o último aos riscos de dano da atividade do fornecedor.

Assim, os grandes grupos econômicos colocam em circulação, diariamente, uma infinidade de produtos cujos riscos podem atingir, direta ou indiretamente, os direitos da personalidade e, em última medida, a dignidade dos consumidores.

Lisboa (2006, p. 44-45) denota que a vulnerabilidade dos consumidores decorre, além do avanço tecnológico, da complexidade de informações no que toca aos produtos e serviços que são lançados no mercado de consumo. Assentou-se, assim, a necessidade de tutelar os direitos do consumidor, que já nascem de uma relação desequilibrada, na medida em que esse não detém os conhecimentos técnicos para se proteger de riscos que podem estar presentes nos bens e serviços consumidos (MARQUES, 2016, p. 50-52).

Um exemplo claro dessa exposição alargada da vulnerabilidade dos consumidores frente aos riscos é o caso do Ford Pinto, veículo comercializado pela Ford Motor Company, na década de 1970, nos Estados Unidos. Apesar do sucesso de vendas, o veículo apresentava um grave defeito de concepção: em colisões traseiras, o tanque de gasolina muitas vezes se rompia e incendiava o condutor e os passageiros. Estima-se que se não fosse pela combustão, ao menos 500 pessoas não teriam sido mortas em virtude de acidente automobilístico com o Ford Pinto. Tendo conhecimento de que a própria engenharia do carro agravava a potencialidade de danos, contudo, a Ford não deflagrou um *recall* de imediato, já que os custos para indenizar seriam mais baixos:

Em 1977, uma agência governamental estadunidense finalmente determinou o recall dos veículos pelo defeito no sistema de combustível, ocasião em que a empresa enfim realizou as alterações necessárias nos veículos. Ocorre que, nesse mesmo ano, descobriu-se que a Ford tinha conhecimento do defeito desde pelo menos 1973, quatro anos antes do recall. A revelação se deu pela investigação da revista Mother Jones, em reportagem assinada por Mark Dowie (1977). Ao investigar os acidentes envolvendo o modelo Ford Pinto, o jornalista analisou tanto documentos internos da Ford quanto entrevistas realizadas com diretores da empresa. Tudo isso revelou que a Ford estava ciente do risco de incêndios em acidentes acima de 40 quilômetros por hora desde 1973, tendo optado deliberadamente por não promover a reparação dos veículos com base em análises de custo-benefício.

Em especial, no memorando da empresa denominado “Fatalities Associated with Crash-Induced Fuel Leakage and Fires” (Fatalidades Associadas a Vazamento de Combustível e Incêndios Induzidos por Acidentes, em tradução livre), apresentava-se a demonstração matemática de que seria economicamente mais vantajoso não realizar o recall, apesar de levar em conta que cada reparo custaria individualmente apenas onze dólares

[...]

Comparando os dois cenários, a conclusão do relatório foi de que a decisão mais vantajosa seria a de não reparar os veículos, mais especificamente na

medida de 87,5 milhões de dólares. Diante desse quadro, ao questionar “por que a empresa demorou tanto para fazer esses pequenos e inexpressivos melhoramentos?”, a conclusão de Dowie (1977, tradução livre) é a seguinte: “a Ford esperou oito anos porque suas ‘análises de custo-benefício’ internas, que colocaram valores em dólares na vida humana⁸, concluíram que não era lucrativo fazer as alterações antes”. Ainda segundo a reportagem, “o modo pelo qual a Ford tomou sua decisão é típico da indústria automobilística estadunidense em geral. Há muitos exemplos de histórias similares sobre carros produzidos por outras empresas” (DOWIE, 1977, tradução livre). De fato, são conhecidos escândalos semelhantes, por exemplo, mais recentemente, envolvendo o modelo Chevrolet Cobalt em 2007 e o Toyota Camry em 2014, ambos nos Estados Unidos. Esses casos, porém, apenas se tornaram públicos por algum documento vazado ou pelo número de acidentes que fugiu às expectativas das empresas (LIMA; UCHIMURA, 2018, p. 17-18).

Assim, em contexto de incerteza, a exposição da vulnerabilidade do consumidor é ainda mais ampliada, já que a sociedade de massa, na busca pelo aumento de sua produtividade, levou a meios de produção muitas vezes perigosos, dos quais é possível conhecer apenas a utilidade imediata do produto, bem como as regras técnicas de utilização normal. No entanto, passado algum tempo (ou mesmo por consequência de vários acidentes), fornecedores e consumidores vêem-se alarmados sobre as nocividades dos produtos, que eram até então desconhecidas (CASTRO, 2015, p. 127).

No mais, a globalização do mercado possibilitou a colocação de produtos fabricados em países estrangeiros, os quais obedecem a outros padrões de controle e qualidade, fomentando o desencadeamento de grandes riscos, mas diluindo a responsabilidade (CASTRO, 2015, p. 127).

A incerteza fabricada, alertada por Beck (2014), coloca-se em forma de produto posto a venda, e reside nas prateleiras prontas para ser consumida. Contudo, sequer há ciência da possibilidade de existir um risco no ato de consumir, já que a massificação da forma de produzir esconde parcela dos riscos, pois a “ideia vendida pela propaganda dos fornecedores é a de que quanto mais industrializado um bem, mais hermético ele será, de modo que a exposição aos riscos é reduzida” (SOUZA, 2017, p. 13).

Assim, as técnicas de publicidade em massa e os métodos promocionais de venda induzem os consumidores a erro com frequência, ocasionando danos em suas esferas morais e materiais (CASTRO, 2015, P. 127). Nesse sentido, a falta de informações sobre as possíveis consequências dos produtos que são lançados no mercado, os recorrentes acidentes de

consumo, bem como a impossibilidade de “não consumir” somam-se e resultam em um grande estado de incerteza, em que ninguém mais sabe se o que se está consumindo tem potencialidade, ou não, de causar-lhe um dano a longo prazo.

Nesse sentido, é interessante rememorar aquilo que Giddens (1990, p. 35) relacionava à “confiança”. Para ele, o termo está relacionado à ausência no tempo e espaço, de maneira que não seria preciso confiar em alguém cujas atividades fossem completamente visíveis “ou de se confiar em algum sistema cujos procedimentos fossem inteiramente conhecidos e compreendidos”. Confiança pressupõe, pois, a falta de informação plena. Neste viés, ao consumidor cabe apenas confiar que os resultados dos produtos ofertados no mercado não terão consequências imprevisíveis frente a falta de informação.

1.4 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO NO GERENCIAMENTO DOS NOVOS RISCOS

Embora alguns passos atrás, o Direito vem tentando acompanhar as transformações sociais decorrentes dos megaperigos globais. Em uma Sociedade de Risco, os princípios da responsabilidade civil, por si só, já não são suficientes para lidar com as incertezas que intensificam as potencialidades de danos, muitas vezes irreversíveis e que atingem toda a coletividade.

Beck (2002), como visto na primeira parte deste capítulo, já propunha que as instituições responsáveis pelo estado de incerteza não poderiam basear sua normatividade em instrumentos ultrapassados, uma vez que os riscos atuais são qualitativamente e quantitativamente diferentes das ameaças industriais e pré-industriais, sob pena de converterem-se em mero mecanismo de ofuscação.

Diante do cenário de incerteza, Hans Jonas (2006) propõe uma nova ética de responsabilização civil, a fim de preservar a qualidade de vida para as atuais e futuras gerações – frente a conjecturação de novos riscos tecnológicos. Ele concebe que a incerteza avança sobre a sociedade contemporânea, tornando-se imprescindível incluir uma responsabilidade para com o futuro, prescrevendo um novo princípio: da precaução (LOPEZ, 2013, p. 5).

O princípio da precaução nasce da ideia de gerenciar as incertezas científicas em que se pressente uma potencialidade de dano, muito embora este ainda não esteja completamente

comprovado pela ciência. Conquanto se atribua a Hans Jonas o berçário do princípio da precaução, sua sistematização ocorreu enquanto ferramenta de Direito Ambiental, junto com os princípios do “poluidor-pagador” e da “cooperação”, expandindo-se por toda a Europa e, ao final da década de 80, incorporando-se em alguns instrumentos internacionais – tais como a Declaração de Londres de 1987, e as Conferências sobre a Proteção do Mar do Norte, em 1990 e 1995 (BAHIA, 2016, p. 73; HARTMANN, 2012).

Consagrando-se na Declaração do Rio, a Eco 92, o princípio da precaução começou a ser aplicado no Direito Sanitário e no âmbito médico-hospitalar, para, então, alcançar a Teoria Geral da Responsabilidade Civil de modo que os princípios da precaução e prevenção manifestam-se na “atitude ou na conduta de antecipação de riscos graves e irreversíveis” (LOPEZ, 2013, p. 7).

Para Lopez (2013, p. 8), o paradigma da segurança “transforma os princípios da responsabilidade e solidariedade em princípio da precaução”, que nele têm sua melhor aposta para lidar com megariscos, e deve ser aplicado sob a luz da razoabilidade e proporcionalidade. Com isso, a responsabilidade preventiva/precaucional emerge ao lado da responsabilidade reparadora, de maneira que uma não é excludente a outra.

Antes de se adentrar mais afundo no princípio precaucional, cabe trazer à baila que esse anda lado a lado com o princípio da prevenção, mais do que isso: o que será determinante para aplicar um e outro é exatamente a quantidade de incerteza de que se está diante – isto é, risco ou perigo.¹

Nessa linha, Lopez (2013, p. 6) ressalta que o princípio da prevenção deve ser aplicado quando o risco de dano for “concreto e real”, em que o risco (na verdade, em sua concepção, um perigo) for conhecido. De modo geral, na prevenção imperam ações a curto prazo, diante do conhecimento da ciência acerca da probabilidade de dano ao meio ambiente ou a saúde dos indivíduos (HARTMANN, 2012, p. 158).

Exemplo de aplicação da prevenção é o *recall* efetuado em produtos defeituosos, por exemplo em carros, no qual se conhece concretamente o risco existente, bem como a enorme probabilidade de que irá resultar em um dano aos consumidores, seja porque determinada linha de veículo foi comercializada sem alguma peça de segurança essencial, seja por um

¹ Embora Hartmann (2012, p. 158) afirme que parte da doutrina não confirme explicitamente a distinção entre prevenção e precaução, entende-se que, por motivos práticos e didáticos, tal diferenciação se faz necessária.

defeito de concepção (como houve no caso do Ford Pinto) ou de fabricação. Sempre que houver um risco real de dano à segurança, impera um dever de natureza preventiva.

Por outro lado, em se tratando de princípio da precaução, não é necessário que a hipótese seja comprovada cientificamente, basta existir a potencialidade de danos irreversíveis ou irreparáveis, prescindindo de “provas conclusivas do nexo de causalidade entre a atividade ou substância em análise e os possíveis efeitos gerados pela sua operação ou introdução” (BAHIA, 2016, p. 74), nem tampouco é preciso saber a dimensão temporal e espacial da ameaça.

O princípio da precaução tem, portanto, uma natureza eminentemente acautelatória, de maneira que impõe a adoção de providências precaucionais imediatamente ao conhecimento da potencialidade de dano, que podem ser desde medidas de cessação da atividade e comercialização da substância, ou mesmo mera ação de controle (BAHIA, 2016, p. 74). No âmbito público, por exemplo, os órgãos administrativos já aplicam de forma sistemática medidas e sanções com caráter precaucional – tal qual o IBAMA, quando obsta uma atividade; ou a ANVISA, quando proíbe a comercialização de algum produto.

Contudo, o problema principal da aplicação do princípio da precaução reside nos casos de “responsabilidade sem dano”. Lopez (2013, p. 13) traz a ideia de que o dano, neste caso, é o próprio risco. A incerteza científica a que todos estamos expostos já é um dano em si mesmo, de maneira que seus resultados podem se dar a longo prazo, e nem por isso deixarão de ser menos graves. As medidas precaucionais, desta forma, buscam amenizar os efeitos do risco que se corre, haja vista sua possível irreversibilidade, caso se perfectibilize:

Será possível caracterizar como dano (prejuízo) a ameaça ou risco de “danos graves e irreversíveis”? Existiria o “dano de risco”? Pensamos que é possível na teoria e na prática. Ainda nos socorrendo do direito à saúde, podemos lembrar de situações em que pessoas tiveram contato com algum vírus, mas não desenvolveram a doença ou porque ainda não passou o período da chamada “janela imunológica”, como no caso da AIDS, e não é possível averiguar se o exame vai dar positivo ou negativo; ou então, porque há um lapso de tempo muito grande entre o contato e o desenvolvimento da doença, como no caso da temida “hepatite C”. Poderá pedir indenização pela ameaça ou risco de desenvolver a doença? O medo constante de ser portador de vírus de doença incurável é, com certeza, dano indenizável.

O cuidado para reduzir riscos, mormente os que se expressarão apenas no futuro, exige tanto ações positivas quanto abstenções. Precaucionar não é o mesmo que inércia e, no âmbito

consumerista, o agir precaucioso é ainda mais evidente, já que se trata de uma relação jurídica naturalmente desequilibrada.

Uma concepção forte do princípio da precaução propõe que quem desenvolver uma atividade deverá comprovar que não causará danos (seja individual ou à coletividade), funcionando como uma verdadeira inversão do ônus da prova. Hartmann (2012, p. 159), contudo, não concorda com essa posição, e centra sua crítica no conceito de “certeza científica”, porque vislumbra que ela não existe pura e simplesmente. Para ele, esperar por uma certeza seria o mesmo que ter uma falsa segurança, de modo que imputar ao agente que realiza a atividade o dever de provar “sem sombra de dúvidas” seria impossível. Entretanto, Hartmann (2012) ainda assim entende que, havendo dúvida, impera-se a adoção da posição mais segura possível para a saúde do consumidor, de maneira que se trabalhe para diminuir os riscos produzidos pelo contexto de incerteza.

Não se almeja, com as medidas precaucionais, obstar o desenvolvimento e as atividades humanas, o que se propõe é o gerenciamento dos riscos até que a ciência possa dar respostas, utilizando-se da técnica da informação (BAHIA, 2016, p. 75; LOPEZ, 2013, p. 11).

No plano do consumidor, afirma-se que um dos fundamentos jurídicos do princípio da precaução é exatamente a obrigação geral de segurança, positivada tanto na Código de Proteção e Defesa do Consumidor² quanto na Constituição da República Federativa do Brasil/1988³ (LOPEZ, 2013). Nesse viés, ainda que não seja explícito no ordenamento brasileiro, a precaução decorre do dever geral de não colocar no mercado produtos ou serviços que provoquem risco à saúde ou a segurança do consumidor⁴.

Bruno Miragem (2013, p. 190) distingue o direito a saúde e a segurança. O primeiro seria no sentido de se assegurar ao consumidor as condições adequadas para preservar sua integridade física e psíquica. Já o direito a segurança diz respeito a “proteção do consumidor contra riscos decorrentes do oferecimento do produto ou serviço, desde o momento de sua introdução no mercado de consumo, (...) até a fase de descarte de sobras, embalagens e demais resíduos do mesmo” (MIRAGEM, 2013, p. 190).

² CDC, Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

³ CRFB/88 art, 225, §1º, V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

⁴ CDC, Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

Desse modo, o risco de inserir produtos no mercado, sem obediência às expectativas de segurança e saúde que a sociedade tem, ou mesmo sem a devida informação de suas condições de funcionamento, é do agente que o faz. Do mesmo modo, a incapacidade da ciência em ofertar dados sobre a segurança de um determinado produto é, de fato, indício de que há probabilidade do produto oferecer riscos à saúde e a segurança dos consumidores.

Em razão disso, o contexto de incerteza torna ainda mais relevante o desenvolvimento de tecnologias e pesquisas que possam auxiliar na administração dos riscos. Beck (2002) já manifestava que a ciência, ao mesmo passo que desenvolve novos riscos, é a única capaz de tirá-los da invisibilidade. Enquanto isso, a ferramenta que se tem disponível é precaucionar, para que os riscos já aparentes possam ser assim minimizados.

2 APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO EM CONTEXTO DE INCERTEZA

Conforme já visto no capítulo pretérito, a conformação da sociedade de risco deu-se a partir do desenvolvimento científico e tecnológico, notadamente a partir do final do século XIX, inaugurando um novo modo de produzir e de consumir. Com isso, também, novos riscos e danos são introduzido na sociedade. A responsabilidade civil, por sua vez, traduziu essa conjuntura em responsabilidade objetiva (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 214), uma vez que a responsabilização subjetiva clássica restaria inócua para indenizar eventuais danos decorrentes desses riscos, e resultaria em mais um dos mecanismos de ofuscação descritos por Beck (2002, p. 84).

No entanto, um longo caminho foi percorrido pela responsabilidade civil, até chegar em uma responsabilização direta do fornecedor, passando de uma flexibilização da prova da culpa (ônus que cabia ao consumidor, parte mais fraca da relação jurídica), para a culpa presumida (verdadeira inversão do ônus de provar), até, enfim, alcançar a responsabilidade civil objetiva.

Pouco e pouco, a evolução jurídica foi além e alterou o enfoque da responsabilização. Para Pasqualotto (1990, p. 153), o centro de interesses do sistema de reparação desloca-se do autor do dano para a vítima, a partir da conformação da sociedade tecnológica e pós-industrial. No entanto, há um claro conflito de interesses entre autor do dano e vítima, que envolve a liberdade de um e a segurança de outro.

O contexto do consumo também culminou na necessidade de afunilar o direito frente à nova realidade de desequilíbrio da relação jurídica entre as partes. O direito do consumidor, no Brasil, nasce a partir de diretrizes estabelecidas pela ONU em 1985, e posteriormente revisadas em 1999 e 2015, consolidando a ideia de que os fornecedores de produtos e serviços são *experts* em suas atividades e estão em posição de poder (MARQUES, 2016, p. 38).

Diante da constatação da vulnerabilidade do consumidor, o constituinte de 1988 agasalhou esse direito e consagrou sua defesa em dois dispositivos principais. O primeiro, no artigo. 5º, XXXII, no qual “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” tem *status* de direito fundamental. Já o segundo, artigo 170, V, eleva a proteção ao consumidor a princípio da Ordem Econômica (CALIXTO, 2004, p. 15-16).

Com efeito, a sistematização do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor estabeleceu um marco na responsabilidade civil das relações de consumo, principalmente porque tem como pano de fundo princípios novos e uma lógica própria, que admitem a vulnerabilidade do consumidor frente a complexidade de informações e a massificação do consumo. Para Cavalieri Filho (2015, p. 587) o CDC baseou-se em princípios e cláusulas gerais, resultando em um microsistema aplicável a todos os ramos do direito em que se verificar uma relação de consumo.

Dessa maneira, a proteção dada pelo CDC alberga tanto a esfera de interesses patrimoniais do produto e serviço adquirido (e também a outros danos apreciáveis economicamente), quanto interesses extrapatrimoniais, que embora não tenham relação com a aquisição do produto ou serviço, podem ser ofendidos pela conduta ilícita do fornecedor (MIRAGEM, 2014).

Tais interesses extrapatrimoniais são os mesmos que o direito civil consigna como direitos da personalidade: integridade física e integridade moral. No âmbito consumerista, essa defesa é reconhecida por uma série de dispositivos. Para este capítulo, interessa a proteção à integridade física, que se consubstancia em um dever de segurança para com o consumidor (artigos. 8º a 10 do CDC) e, em última instância, do consumidor ver protegida sua incolumidade física e psicológica (MIRAGEM, 2014).

É nesse sentido que a proteção contra os acidentes de consumo revela-se como meio de salvaguardar a proteção à saúde do consumidor, que é exposta a riscos imprevisíveis frente à sociedade de risco e de consumo em que se está inserido. Atualmente, nos acidentes de consumo, a responsabilização se dá através de um microsistema próprio, com regras especiais. A fonte da responsabilidade, nesses casos, é o fato do consumo e não mais a conduta do agente, como veremos adiante.

2.1 DEVER DE SEGURANÇA

De início, rememora-se que antes da vigência do CDC, o consumo se dava por conta e risco do consumidor. Cavalieri Filho (2015, p. 584), inclusive, recorda que se falava em “*aventura do consumo*, porque consumir, em muitos casos, era realmente uma aventura”. De fato, a ausência de proteção específica para os consumidores acarretava em uma socialização de eventuais danos, de modo que restava ao consumidor assumir os riscos dos produtos, já

que ao fornecedor era dado apenas fazer uma “oferta inocente” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 584-585).

No mesmo sentido que Beck (2002) já vinha propondo em seus trabalhos, Cavalieri Filho (2015, p. 219-220) ressalta que os novos inventos e tecnologias geraram cada vez mais riscos, culminando-se em uma sociedade não assegurada. Em razão disso, a gestão dos riscos se fez necessária, de modo que, para Cavalieri Filho (2015, p. 219), onde há risco deve haver um contraponto de segurança.

De fato, o dever de segurança é fundamento substancial do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Todo consumidor tem direito de proteção a sua integridade física e psicológica. Nessa linha, Chaves (2015, p. 672) ressalta que o CDC alberga a incolumidade física no artigo 6º, inciso I, enquanto direito básico do consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

Do mesmo modo, o artigo 8º consigna que os produtos colocados no mercado de consumo não deverão acarretar riscos à saúde ou segurança dos consumidores, mas excetua aqueles riscos considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza ou fruição, caso em que os fornecedores deverão oportunizar informações adequadas a seu respeito.

Esse direito básico é fundamento único do dever de segurança dos fornecedores, que deverão obedecê-lo ao colocar seus produtos e serviços no mercado. Em razão disso, o CDC quebra a dicotomia entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, na medida em que o foco da proteção agora é a segurança dos consumidores, que deve ser assegurada por todos da cadeia produtiva, sejam eles contratantes diretos (onde haverá a responsabilidade contratual) ou não, como os fabricantes (MARQUES, 2016, p. 77).

Dessa maneira, para Cavalieri Filho (2015, p. 585), a responsabilização altera sua essência da “conduta do autor do dano para o fato causador do dano”. O ato ilícito, que antes era verificável somente através da conduta do agente, agora subsume-se ao fato que causa o acidente. No entanto, tal evolução só foi possível na medida em que se concebeu um dever de segurança, a partir da cláusula de incolumidade na atividade de risco – que pretende

alcançar a “garantia de idoneidade pelo produto lançado no mercado” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 585).

A mudança do foco da responsabilização da conduta do agente para o fato causador do dano culmina no reconhecimento de um vínculo jurídico direto entre fabricante e produto⁵, de modo que a garantia inerente ao produto ou serviço deixa de ser limitada à relação contratual havida entre as partes e passa a alcançar diretamente a responsabilidade do fornecedor na segurança do consumidor (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 585).

Por outro lado, tendo em mente que os danos havidos pelos riscos dos produtos ou serviços decorre, muitas vezes, de seu desconhecimento pelos consumidores, o dever de informar é o contrapeso que equilibra a balança do ato de consumir. Para Calixto (2004, p. 15), a única forma de amenizar a vulnerabilidade do consumidor é informando precisamente sobre os riscos existentes nos produtos e serviços ofertados no mercado.

Nesse sentido, o artigo 6º, III, do CDC é expresso ao dizer que todo consumidor tem direito básico “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, (...), bem como sobre os riscos que apresentem”. Cristiano Chaves (2015, p. 659), sobre o princípio da informação, ressalta que este se biparte em direito de ser informado e dever de informar, como duas faces da mesma moeda.

Em contexto de incerteza, de fato, a informação aos consumidores sobre os riscos existentes no produto ou serviço consumidos amenizam a probabilidade de dano. No entanto, conforme ensina Lopez (2013, p. 5), risco zero não existe.

Cavaliere Filho (2015, p. 219) entende que o risco, por si só, não é capaz de gerar um dever de indenizar. Para ele, risco é “mera probabilidade de dano, e ninguém comete ato ilícito por exercer atividade perigosa, mormente quando legalmente permitida e socialmente necessária”. Dessa maneira, o dever de indenizar não surge apenas com o risco, mas sim com a violação de um dever jurídico (nesse caso, dever de segurança), que culmina em um dano a outrem. Portanto, seu fundamento não seria o risco, mas sim o dano que decorre desse risco. Dessa maneira, conclui-se que não é vedado o exercício de uma atividade perigosa, mas as vítimas têm um direito subjetivo de proteção à incolumidade física e patrimonial diante desses riscos (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 219).

⁵ Cavaliere Filho (2015, p. 585) denota que no sistema francês, o fornecedor é “guardião da estrutura do produto”, de modo que se o dano havido decorrer de um defeito ou vício do produto, cabe ao fornecedor indenizar, ainda que o produto tenha se transmitido a terceiro.

Nesse caso, o fornecedor deve sempre alertar aos consumidores dos riscos presentes em seus produtos (CALIXTO, 2004, p. 127), conforme consubstanciado no artigo 9º do CDC:

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso. [...]

De acordo com Gomes (2001, p. 173), quanto maior for a periculosidade ou nocividade de um produto, maior será a obrigação do fornecedor informar, de maneira ostensiva e adequada, sobre a utilização do bem, sua conservação, seu acondicionamento, bem como sobre sua destruição e eliminação. Além disso, as informações prestadas devem ter correspondência com o produto especificamente, bem como com o consumidor alvo a que se destina.

De todo modo, o legislador só proíbe que os fornecedores coloquem no mercado produtos que apresentem riscos além daqueles que se consideram normais e previsíveis. A partir do momento em que o custo da utilização do bem extrapolar o benefício por ele produzido, sua continuidade no mercado será ilegítima. É que aqueles produtos com alto grau de nocividade e periculosidade não são admitidos no mercado, consoante artigo 10 do CDC (GOMES, 2001, p. 173):

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. [...]

Na mesma linha, Cavalieri Filho (2015, p. 597) afirma que a lei não proibia produção ou comercialização de produtos perigosos ou de certo risco. Até porque, se assim fosse, seria absolutamente impossível a produção de inúmeros medicamentos que têm inevitáveis efeitos colaterais (desde que devidamente informados). Igualmente, não seria possível a prestação de grande parte de serviços médicos (por exemplo, quimioterapia), mesmo que realizados com toda a técnica e segurança.

Como se vê, o que diferencia se a colocação no mercado de consumo de um produto nocivo ou perigoso⁶ é lícita ou não, é justamente se sua periculosidade poderia ser previsível ou se é parte da natureza de seu uso, caso em que estarão de acordo com as legítimas expectativas dos consumidores, não tendo aptidão de causar acidentes, conforme se verá adiante. Do mesmo modo, a informação anda lado a lado com a (i)licitude do lançamento de um produto potencialmente nocivo ou perigoso, uma vez que cabe aos fornecedores informar a respeito de seus riscos, de maneira ostensiva e adequada.

2.2 DIFERENÇA ENTRE VÍCIO E FATO DO PRODUTO

Ao tratar da qualidade dos produtos ou serviço, Benjamin (2016) equaciona a “teoria da qualidade”, que além do dever de segurança acima estudado, também leva em consideração a “adequação” dos produtos ao uso esperado na sociedade de consumo (MARQUES, 2016, p. 77):

A dicotomia clássica entre a responsabilidade civil contratual e responsabilidade civil extracontratual não se mostrou apta, nos próprios limites da *summa divisio*, a proteger adequadamente o consumidor. Inimaginável seria o desenvolvimento do direito do consumidor sem uma modificação profundanas bases e sistematização da responsabilidade civil. E qualquer alteração passa, necessariamente, por uma releitura da questão da *qualidade*, advindo daí a importância da construção de uma teoria da qualidade.

Como reflexo do desmembramento, em duas esferas, com que idealizamos o direito do consumidor, a *teoria da qualidade* - nos termos da formulação que propomos - comporta dois aspectos distintos: *a proteção do patrimônio do consumidor* (com o tratamento dos vícios de qualidade por inadequação) e *a proteção da saúde do consumidor* (com o tratamento dos vícios de qualidade por insegurança). Logo, a teoria da qualidade tem um pé na órbita da incolumidade físico-psíquica do consumidor e outro na tutela de sua incolumidade econômica (BENJAMIN, 2016, p. 164)

A tese dos vícios de qualidade por insegurança relaciona-se de modo direto com o fato do consumo (artigo 12 e seguintes do CDC), enquanto que os vícios por inadequação têm a ver com os vícios do produto ou serviços propriamente ditos, elencados nos artigos 18 em diante do CDC.

⁶ Para Gomes (2001, p. 173), embora a legislação trate bens nocivos ou perigosos da mesma forma, há certa diferença. Produto ou serviços nocivos estão relacionados à saúde (por exemplo, o cigarro e agrotóxicos). Já os perigosos têm relação com a segurança (como uma máquina de trituração).

Vício do produto ou serviço, portanto, é a violação de um dever de qualidade por adequação, afetando o patrimônio do consumidor. É que o vício do consumo se dá quando o bem de consumo torna-se inadequado para o fim a que se destina (BENJAMIN, 2016, p. 164).

Assim, o vício tem a ver com uma falha menos grave, que se limita ao próprio produto ou serviço, sendo inerente ou intrínseco (ou seja, preexistente). Por conta disso, Cavalieri Filho (2015, p. 590) afirma que vício do produto afeta somente sua “prestabilidade”, tornando o objeto inútil para os fins a que se destina, ou mesmo ensejando um mau funcionamento.

Já o fato do produto, por sua vez, ocorre quando há violação de um dever de qualidade por segurança (MIRAGEM, 2014), no qual a previsibilidade e normalidade do risco do produto é tão grande que ultrapassa as legítimas expectativas do consumidor, ocasionando um acidente de consumo e atingindo os consumidores em sua integridade física.

Nesse sentido, Benjamin (2016, p. 165) alerta que é possível que um produto apresente tanto vícios por inadequação (por exemplo, vícios redibitórios, no direito tradicional), mas também traga consigo um vício de qualidade por insegurança. É possível, ainda, uma terceira modalidade de vício, dessa vez por quantidade. Para cada modalidade de acontecimento, o CDC adota um regramento jurídico diverso. De todo modo, a proteção da saúde do consumidor (tanto por normas de prevenção quanto por responsabilidade pelo fato do produto) e a proteção do patrimônio do consumidor (vícios) estão devidamente separadas entre os artigos 8º a 17 e artigos 18 a 25, nesta ordem.

No mesmo sentido que Benjamin (2016), Cavalieri Filho (2015, p. 590) explica que vício e fato do produto diferenciam-se pelo termo “defeito”. Genericamente, ambos relacionariam-se a um “defeito”. Mas, no fato do produto ou serviço, este seria tão grave a ponto de atingir o consumidor em suas esferas moral e material, através de um acidente. Para ele, o que ocasionará o acidente será sempre um defeito, que se manifestará em um evento externo:

Se A, dirigindo seu automóvel zero-quilômetro, fica repentinamente sem freio, mas consegue parar sem maiores problemas, teremos aí o *vício do produto*; mas se A não consegue parar, e acaba colidindo com outro veículo, sofrendo ferimentos físicos, além de danos nos dois automóveis, aí já será *fato do produto*. Se alguém instala uma nova televisão em sua casa, mas esta não produz boa imagem, há vício do produto; mas, se o aparelho explodir e incendiar a casa, teremos um fato do produto.

Isso porque, os bens de consumo sempre terão um resíduo de insegurança que poderão, ou não, merecer a atenção do legislador. Contudo, só importa ao direito a insegurança que ultrapassar o patamar de normalidade e previsibilidade do risco, sintetizando-se em um defeito (BENJAMIN, 2016, p. 170).

Por outro lado, Benjamin (2016, p 167-168) faz uma crítica ao termo “fato do produto”. Tal terminologia não reflete o enfoque moderno que o CDC almeja, pois “fato” remete à coisa que causa o dano, e não seu caráter humano consequencial -- isto é, o acidente. Assim, ao se falar em “fato”, deixa-se de lado o elemento humano, desvinculando-se do dever jurídico de segurança. O direito do consumidor, ao contrário, só se volta ao fenômeno material (coisa) para averiguar a existência, ou não, de um “defeito”, que seria inerente ao produto e teria a aptidão de causar o fenômeno humano (acidente). Por esse motivo, a nomenclatura “fato do produto” é melhor substituída por “acidente de consumo”, já que é o acidente que importa para o direito consumerista, e não a coisa que causou o dano.

Portanto, havendo um acidente e presentes os pressupostos da responsabilidade civil, nasce o dever de indenizar, conforme se verá a seguir.

2.3 SISTEMA BRASILEIRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO OU SERVIÇO

Como visto, o fato do produto ou serviço, isto é, acidente de consumo, decorre de um “defeito de segurança” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 590), pois macula a incolumidade do consumidor ou de terceiro. Assim, tem-se que a responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço é nada mais que a imputação ao fornecedor em virtude de danos causados por defeitos de concepção, produção, comercialização ou mesmo fornecimento do produto ou do serviço, que violem o dever de segurança albergado pelo CDC (MIRAGEM, 2014).

Para a responsabilização, os requisitos essenciais do sistema tradicional de responsabilidade civil não são completamente afastados da responsabilização pelo fato do consumo. Nesse sentido, os pressupostos lógico-jurídicos da responsabilidade permanecem

exigíveis em qualquer sistema de atribuição de responsabilidade: conduta, nexo causal e dano (MIRAGEM, 2014).

No entanto, como já exposto, o enfoque da responsabilização deixa de ser a conduta do agente e passa a ser lido sob o prisma da vítima, motivo pelo qual a pedra de toque que diferencia a responsabilização pelo fato do consumo é, na verdade, a existência de um defeito: a conduta seria, pois, a inclusão no mercado de um bem ou serviço defeituoso, com aptidão de causar um dano. E mais, havendo o dano e existindo um vínculo de causa entre dano e defeito, nasce o dever de indenizar.

Portanto, para Cavalieri Filho (2015, p. 592) os requisitos para a imputação de uma responsabilidade pelo fato do consumo são a presença do defeito, a existência de nexo causal e o dano. Igualmente, Calixto (2004, p. 143) ressalta que a “determinação do caráter defeituoso de um produto é fundamental para que se deflagre a responsabilidade civil do fornecedor pelo dano verificado, provado, igualmente, o nexo causal entre o defeito e dano”.

Mas Benjamin (2016) e Cavalieri (2015) vão além, e demonstram que o caráter defeituoso do produto, havendo um acidente de consumo, é presumido. Assim, não cabe ao consumidor comprová-lo, mas sim ao fornecedor descaracterizar esse pressuposto, como se verá mais adiante.

Conforme o CDC, o fato do consumo abrange tanto o fato do produto (art. 12 do CDC) quanto o fato do serviço (art. 14 do CDC) e o nascimento da responsabilização depende da presença dos elementos da responsabilidade civil ao suporte fático ocorrido (SANSEVERINO, 2010, p. 92-99).

O artigo 12, *caput*, do CDC, dispõe que o fornecedor responderá por danos causados aos consumidores por “defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

O defeito, diretamente relacionado ao fato do produto ou serviço, manifesta-se em um evento externo, causando um acidente. Outrossim, não é todo e qualquer produto ou serviço perigoso que terá aptidão de causar um dano. Isso porque, em razão de ser impossível eliminar toda e qualquer forma de perigo, apenas um produto ou serviço considerado defeituoso é que poderia dar origem ao dever de reparar. Por conta disso, a doutrina usualmente classifica o defeito com relação a periculosidade dos produtos, que pode ser inerente ou adquirida (BAHIA, 2016, p. 62).

A periculosidade inerente é aquela própria e indispensável para a utilidade do produto, decorrendo de sua própria natureza e compatível com as legítimas expectativas do consumidor. Exemplos disso podem ser as facas, travesseiros e sacolas plásticas, que têm habilidade de causar danos como lesões físicas, sufocamentos, etc. Dessa maneira, como o perigo é amplamente conhecido pela coletividade, por ser intrínseco ao produto, seus danos não dão vazão à responsabilização, uma vez que os consumidores podem prevenir-se dos danos se sobrevier cuidado em sua utilização. A periculosidade inerente, portanto, não caracteriza um defeito (BAHIA, 2016, p. 62).

Por sua vez, a periculosidade adquirida revela-se imprevisível e surpreendente para o consumidor, não correspondendo com as mesmas legítimas expectativas. Em regra, um produto ou serviço é considerado defeituoso quando possui a periculosidade adquirida, apresentando aptidão de provocar acidente e, assim, contrariar as legítimas expectativas em relação ao uso (BAHIA, 2016, p. 63).

A doutrina ainda classifica uma terceira modalidade, a periculosidade exagerada, na qual a introdução de determinado produto no mercado de consumo apresenta nocividade tão alta, que mesmo as advertências e informações são insuficientes para dirimir seus resultados. Nesses casos, o próprio CDC, no artigo 10, proíbe sua colocação no mercado, conforme já visto no início deste capítulo. Se o lançamento, contudo, já houver se perfectibilizado, devem ser retirados de plano do mercado e seus riscos devem ser informados amplamente aos consumidores (SANSEVERINO, 2010, p. 142-143). Benjamin (2016, p. 174-175) explica que se trata, em verdade, de uma subespécie de periculosidade inerente, muito embora também possa ser compreendida como um defeito de concepção.

Para Sanseverino (2010, p. 144-145) a periculosidade exagerada é equivalente ao caso da talidomida ou do Cytotec, medicamento que embora não seja comercializado com o intuito abortivo, tem no aborto seu efeito colateral, que muitas vezes pode não ser completo e resultar numa malformação do feto. Já Benjamin (2016, p. 175) entende que a periculosidade exagerada seria semelhante a um brinquedo com aptidão de causar sufocamentos, cuja informação acerca de seus riscos não compensariam seus benefícios ou manutenção no mercado de consumo.

Apesar do entendimento de Sanseverino (2010), é possível extrair que não há, em verdade, a periculosidade exagerada no caso da talidomida, mas sim adquirida. Isso porque, nessa situação, as legítimas expectativas dos consumidores foram violadas, ocasionando um

acidente de consumo (isto é, os consumidores não esperavam que seu uso resultaria em um dano). É a sua manutenção no mercado de consumo, no entanto, que o torna de periculosidade exagerada, porque seus riscos (agora conhecidos) são demasiadamente altos para se sustentarem no mercado sem restrições.

Tais legítimas expectativas encontram-se positivadas no parágrafo primeiro do artigo 12 do CDC, e levam em conta circunstâncias exemplificativamente enunciadas, como: apresentação, uso e riscos que razoavelmente dele (produto) se esperam e época que foi colocado em circulação. De acordo com Calixto (2004, p. 134), o conceito de legítima expectativa tem origem norte-americana, e foi acolhido pela Diretiva 85/374/CEE, que veremos mais adiante.

Ademais, os “usos e riscos razoavelmente esperados”, para Calixto (2004, p. 144-145), obrigam que o fornecedor preveja utilizações razoáveis do produto, de modo que o consumidor não fique exatamente limitado ao uso sugerido pelo fornecedor, podendo pleitear reparação por dano, se sobrevindo de uso razoável do produto:

Desta forma, o fornecedor não poderia lançar no mercado de consumo canetas e lápis que contenham substância tóxica pois se reconhece que grande parcela da população tem hábito de levar tais produtos à boca. Mas certo é, igualmente, que a referência ao uso razoável do produto pode gerar a discussão entre o previsível e o imprevisível para o fornecedor, que não será responsabilizado se o dano decorrer de culpa exclusiva do consumidor (art. 12, §3º, III), ainda que o produto possa ser considerado defeituoso.

Para Benjamin (2016, p. 170), a legítima expectativa é a média do público alvo que o produto pretende alcançar, e não simplesmente as expectativas individuais de cada um. As expectativas serão legítimas quando, confrontado o estágio técnico e as condições econômicas da época, “mostrarem-se plausíveis, justificadas e reais”.

Desse modo, é um desvio deste preceito (legítima expectativa) que torna a periculosidade inerente em adquirida. Além disso, essa expectativa legítima do consumidor é estabelecida por dois critérios: a normalidade (que decorre da natureza do produto) e a previsibilidade (significa que é de conhecimento geral) do risco -- aquela seria um traço objetivo, enquanto esta se mostraria como um elemento subjetivo:

A periculosidade integra a zona da *expectativa legítima* (periculosidade inerente) com o preenchimento de dois requisitos, um *objetivo* e outro *subjetivo*. Em primeiro lugar, exige-se que a existência da periculosidade esteja em acordo com o tipo específico de produto ou serviço (critério

objetivo). Em segundo lugar, o consumidor deve estar total e perfeitamente apto a prevê-la, ou seja, o risco não o surpreende (critério subjetivo). Presentes esses dois requisitos, a periculosidade, embora dotada de capacidade para provocar acidentes de consumo, qualifica-se como *inerente* e, por isso mesmo, recebe tratamento benevolente do direito. Vale dizer: inexistência de vício de qualidade por segurança (BENJAMIN, 2016, p. 171).

Anotar-se que a colocação no mercado de um produto de qualidade superior, não torna os produtos de qualidade inferior obrigatoriamente defeituosos, conforme parágrafo segundo do artigo 12 do CDC (CALIXTO, 2004, p. 147). Do mesmo modo, até é possível que a Administração Pública, por meio de normas públicas de qualidade, fixe padrões mínimos de segurança para os bens de consumo (*standards* mínimos). Contudo, a mera obediência a esses parâmetros não tem o condão de eximir o fornecedor de responsabilidade caso um produto defeituoso venha gerar um dano, em obediência ao dever geral de segurança (BENJAMIN, 2016, p. 172):

A Administração fixa sempre *standards* de qualidade *mínima*. Cabe principalmente ao fornecedor -- titular do produto ou serviço e, por isso mesmo, melhor conhecedor de suas qualidades e riscos -- buscar mantê-lo dentro dos limites estabelecidos pela *noção geral da expectativa legítima do consumidor*. Em outras palavras: um produto ou serviço pode, com efeito, ser considerado perigoso não obstante esteja absolutamente em conformidade com a regulamentação em vigor.

Por outro lado, alguns autores fazem uma crítica ao termo “defeito” enquanto violação de legítimas expectativas da coletividade. Nesse sentido, Ugo Carnevali (1974) afirma que tal conceito não tem utilidade prática e impossibilita que se leve em consideração aspectos de individualização do defeito. Para ele, defeito é “anormalidade do risco derivante daquela dada estrutura ou composição do produto em relação ao risco que derivaria, ao invés, de uma estrutura ou composição perfeita” (CARNEVALI, 1974, p. 286). Da mesma forma, Maria Angeles Parra Lucan (1990) afirma que o próprio conceito de “defeito” foi rechaçado nos Estados Unidos da América (de onde se originou) devido à dose de incerteza que o compõe, primeiramente porque o consumidor muitas vezes desconhece qual a segurança que poderia esperar do produto ou serviço (pois não sabe se poderia ser desenvolvido com maior cota de segurança) e, também, por ser um termo extremamente subjetivo, de modo que cada julgador poderia analisar a sua maneira (CALIXTO, 2004, p. 137).

Nada obstante, Calixto (2004, p. 141) nota que os defeitos de fabricação, que derivam da “fabricação, construção, montagem, manipulação (...) ou acondicionamento” (artigo 12, *caput*, do CDC) apresentam um triplice fundamento: a inevitabilidade, a previsibilidade estatística e a manifestação limitada. A inevitabilidade decorre da impossibilidade da ciência de eliminar o defeito por inteiro. A previsibilidade estatística estaria relacionada a possibilidade do fornecedor saber de antemão quantos produtos poderão apresentar esse tipo de defeito. Já a manifestação limitada quer dizer que somente alguns produtos de uma série, em tese, apresentariam o defeito.

Por outro lado, o defeito de concepção decorre de projetos e fórmulas (artigo 12, *caput*, do CDC) e tem como característica principal a inevitabilidade. No entanto, a previsão estatística e a limitação de sua manifestação não ocorrem neste caso, de modo que toda a série produzida é atingida. Trata-se de uma má escolha do fornecedor em relação aos materiais que compõem o produto, ou mesmo em seu design. Em razão de atingirem toda a série produzida, alguns fornecedores podem determinar o *recall*, a fim de evitar que o acidente ocorra (CALIXTO, 2004, p. 142).

Ato contínuo, os defeitos também podem ser de informação, que se caracterizam pela “apresentação (...) ou informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos” (artigo 12, *caput*, do CDC). Da mesma maneira que o defeito de concepção, o defeito de informação também atinge toda a série de produtos, mas decorre da violação do dever de informar (CALIXTO, 2004, p. 143).

Assim como no fato do produto, no fato do serviço (artigo 14 do CDC) igualmente haverá defeito quando o fornecedor não informar corretamente sobre sua fruição e riscos -- com informações insuficientes ou inadequadas. Do mesmo modo, o serviço será “defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes” (artigo 14, parágrafo primeiro do CDC). Exemplificativamente, tais circunstâncias podem ser o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos razoavelmente esperados, bem como a época que foi fornecido. Por fim, assim como ocorre com nos defeitos do fato do produto, “o serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas” (artigo 14, parágrafo segundo do CDC).

No que toca ao dano, nos termos do artigo 6º, inciso VI do CDC, todos os prejuízos devem ser suportados pelos fornecedores, sejam eles da esfera moral, patrimonial, de modo coletivo ou difuso. Dessa maneira, observa-se que o legislador optou pelo princípio da

reparação integral, e ampliou o círculo dos danos ressarcíveis, para tentar assegurar a reparação das vítimas dos acidentes de consumo nas perspectivas individuais, mas também coletivas (BAHIA, 2016, p. 64).

Além disso, inclui-se na reparação do dano material os prejuízos decorrentes da destruição do próprio produto, desde que isso configure verdadeiro acidente de consumo, não bastando ser simples vício de qualidade por inadequação (CALIXTO, 2004, p. 150).

Nesse sentido, imperiosa a análise do tratamento jurídico dado aos fornecedores que lançarem produtos defeituosos no mercado de consumo.

2.3.1 Responsáveis

O fornecimento de produtos ou serviços nocivos à saúde, ou que comprometem a segurança do consumidor, são os grandes responsáveis pela maior parte dos acidentes de consumo (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 591).

De acordo com Gomes (2001, p. 70) são legitimados ativos para propor ação de reparação, pelo fato do produto, os consumidores propriamente ditos e também os equiparados, uma vez que os danos alcançam a segurança e saúde das vítimas. Assim, justifica-se a “inclusão do terceiro atingido por um dano como parte ativa legítima, necessidade não reconhecida pelo legislador no vício do produto”. Tais consumidores equiparados são aqueles consignados pelo artigo 17 do CDC, que informa que qualquer vítima de acidente de consumo (seja ela consumidora do produto, ou não) estarão protegidos pela norma consumerista. Por exemplo, uma pessoa que é atingida por uma tampa de panela de pressão (que explodiu) será tão consumidora quanto aquela que comprou efetivamente o produto.

Em princípio, todos os agentes econômicos envolvidos com a produção e comercialização de um produto ou serviço deveriam ser responsáveis por garantir a segurança do bem de consumo que lançam no mercado. O legislador, pensando nisso, aplicou o dever de segurança a todos (artigo 10 do CDC), mas reconheceu que alguns dos agentes da cadeia de consumo são mais responsáveis que outros pelos danos causados por acidentes de consumo (BENJAMIN, 2016, p. 176).

Nesse sentido, o *caput* do artigo 12 fixa de modo claro quem são os responsáveis pelo dever de indenizar os danos decorrentes do fato do produto: o fabricante, o construtor, o

produtor e o importador. Observa-se que, de início, o CDC não responsabiliza o distribuidor do produto, mas, excepcionalmente, ele também poderá ser imputado (BENJAMIN, 2016, p. 176).

É que o código estabeleceu três modalidades de responsáveis: o real, o aparente e o presumido. Os responsáveis reais são o fabricante, o construtor e o produtor, já o presumido trata-se do importador. O aparente, por fim, é o comerciante – e este só será responsabilizado quando não for possível identificar quem é o responsável real ou não conservar adequadamente os produtos perecíveis, conforme artigo 13 do CDC. Com isso, Benjamin (2016, p. 177) afirma que o texto de lei teve o fito de maximizar o leque de responsáveis, e facilitar a indenização ao consumidor.

Assim, a responsabilidade principal é exclusiva do fabricante, produtor, construtor ou importador do produto, de modo que o comerciante somente responderá, subsidiariamente, quando os responsáveis principais não puderem ser identificados – ou, ainda, quando este não conservar adequadamente os produtos perecíveis. Contudo, o parágrafo único do artigo 13 resguarda o direito de regresso daquele que indenizar a vítima do acidente, mas somente na medida de sua participação no evento danoso (GONÇALVES, 2011, p. 475).

Vale lembrar que a responsabilidade entre todos os fornecedores é solidária – isto é, a vítima poderá pedir ressarcimento a qualquer um dos obrigados, que deverá quitar a obrigação por inteiro, conforme artigo 7º, parágrafo único e artigo 25, parágrafo primeiro do CDC. No mais, a subsidiariedade da responsabilização do comerciante é apenas quanto a sua implicação – se essa será possível, ou não. Não se trata de responsabilidade subsidiária verdadeiramente, pois o comerciante deverá responder solidariamente, caso lhe seja imputada responsabilidade.

De acordo com Benjamin (2016, p. 177), fabricante é qualquer fornecedor que, direta ou indiretamente, insere-se no processo de desenvolvimento e lançamento do produto no mercado. Não seria, pois, somente o manufaturador final, que fabrica as peças e componentes. Fabricante pode ser desde o mero montador, até aquele que efetivamente fabrica seu próprio produto.

Se um produto tiver mais de um fabricante (um de matéria prima, outro de componente e outro do produto final), todos serão solidariamente responsáveis pelo defeito e por suas consequências (dano). Mas, igualmente, caberá ação regressiva contra aquele que de fato deu causa ao defeito (artigo 25 do CDC, parágrafo 2º) (BENJAMIN, 2016, p. 177).

O importador, por sua vez, é aquele que introduz no mercado brasileiro produtos produzidos no exterior, e só é responsável porque o fabricante estrangeiro, muitas vezes, não é facilmente alcançável em termos de responsabilização. Assim, o importador é equiparado “por conveniência de implementação do direito do consumidor, ao fabricante e ao produto”. Vale lembrar, por fim, que compra e venda não é a única modalidade de comércio que pode dar ensejo à responsabilização por acidente de consumo. Independentemente da relação jurídica comercial, todos poderão ser chamados a responder sem culpa, conforme o próximo tópico (BENJAMIN, 2016, p. 178).

2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

Regra geral, a atribuição a outrem de obrigação de reparar dano tem natureza excepcional. Isso porque, para que o agente seja responsabilizado, é preciso provar sua culpa ou, então, que exista norma específica para recair sobre ela o risco de dano. A irresponsabilidade é regra, e a responsabilidade exceção (NORONHA, 2007, p. 435).

Assim, na responsabilidade civil clássica, para existir o dever de indenizar, é preciso aferir a existência de culpa por parte de quem causou o dano. Desse modo, além da conduta, nexo causal e dano, também é necessário verificar se o agente causador do evento danoso agiu de maneira culposa (seja através de dolo ou de culpa propriamente dita -- imperícia, imprudência ou negligência). Como ensina Noronha (2007, p. 433), o princípio da culpa orienta que só há a obrigação de reparar quando o agente causador tivesse agido de forma censurável, ou seja, quando fosse exigível um comportamento diverso.

A responsabilidade objetiva, por outro lado, caracteriza-se pela irrelevância da culpa ao se imputar uma responsabilização. Embora, nos casos concretos, possa haver a existência do elemento culposo por parte de quem dá causa a atividade ilícita – e, conseqüentemente, ao evento danoso –, na responsabilidade objetiva esse dado não importa, sendo preciso tão somente a atividade ilícita, o dano e o nexo causal.

Ainda que a responsabilidade subjetiva seja a regra do Código Civil, a responsabilidade civil por danos causados no âmbito consumerista é objetiva. O próprio CDC estabelece, em seus artigos 12 e 14, que o fornecedor responderá independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos aos produtos e à prestação de serviços (CHAVES, 2015, p. 671).

Historicamente, a responsabilidade civil no Direito Romano arcaico era exclusivamente objetiva e até se admitiam casos de responsabilidade apenas por ato ilícito (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 214). Somente com a estruturação da *Lex Aquilia*⁷ é que se introduziu a culpa enquanto elemento da responsabilidade civil, fazendo nascer a subjetividade como fórmula central da responsabilização. Cavalieri Filho (2015, p. 214) denota que, desde então, a responsabilidade objetiva caiu em desuso e somente ressurgiu nos tempos modernos.

O reaparecimento da responsabilidade objetiva muito tem a ver com a conformação da sociedade de risco. Isso porque, a partir do desenvolvimento tecnológico e científico, mormente em decorrência da Revolução Industrial, os instrumentos jurídicos de reparação de danos tiveram de ser adaptados à nova realidade imposta pela moderna concepção social.

Como já apresentado no primeiro capítulo, o advento da Revolução Industrial transformou os meios de produção, que deixaram de se restringir aos núcleos familiares, massificando-se o acesso aos bens e serviços produzidos e operando-se verdadeira revolução no modo de consumir. A partir disso, novas modalidades de danos e riscos passaram a fazer parte da realidade jurídica, como os acidentes de trabalho e a sujeição a contratos de adesão; e até mesmo riscos imprevisíveis, tais quais os acidentes nucleares e ambientais, por exemplo.

Em razão disso, a noção de culpa, na responsabilidade civil, não era mais suficiente para lidar com as novas ocorrências cotidianas, cujos danos muitas vezes restavam sem reparação em virtude da dificuldade de se provar o elemento culposo no caso concreto:

Com efeito, se o desenvolvimento do maquinismo fez surgir a indústria, mudando a base econômica do País, trouxe como consequência os acidentes de trabalho. O progresso científico fez aparecer um sem-número de inventos, encheu as ruas de veículos que, se por um lado, facilitam a vida em sociedade, por outro, dão causa a um brutal número de acidentes de trânsito, diariamente.

[...]

Logo os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente para atender a essa transformação social (que vinha ocorrendo a partir da segunda metade do século XIX); constataram que, se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numeríssimos casos ficaria sem indenização (...) (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 214).

⁷ Atribui-se sua estruturação ao século III a. C., incluindo-se a Culpa Extracontratual (portanto, também chamada de culpa aquiliana) como elemento chave da Responsabilização Civil (FRANÇA, 1985, p. 156-182)

Essa mudança de paradigma deu-se aos poucos. De início, a forma de comprovar a culpa foi facilitada, de modo que as condições do caso concreto e os antecedentes pessoais dos envolvidos eram suficientes para aferir a existência ou não de culpa, notadamente quando se tratava de acidente de trabalho. Essa flexibilização da prova evoluiu para a “culpa presumida” em que o ônus de provar era invertido, cabendo ao autor do dano comprovar justamente que não agiu com culpa. Após, em alguns casos determinados e previstos em lei, chegou-se a responsabilidade sem culpa, isto é, responsabilidade objetiva. Assim, com a prova do nexo causal e do dano, cujo ônus cabe à vítima do evento, nasce o dever de reparar. Ao causador do dano, resta apenas comprovar uma das excludentes do nexo de causalidade para se eximir da responsabilização (CALIXTO, 2004, p. 72- 77; CAVALIERI FILHO, 2015, p. 215).

Para Pasqualotto (1993, p. 151) a responsabilidade extracontratual fundada na culpa mostrar-se-ia insatisfatória em uma relação de consumo, “porque a prova da diligência do fabricante aloca à vítima os prejuízos dos custos do progresso”. Assim, a prova da culpa é diabólica em uma relação consumerista, e somente inverter o ônus *probandi* seria insuficiente, na medida em que conduziria a dúvidas que, em diversas ocasiões, desnaturalizariam a culpa.

Bem por isso que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor nasce adotando a responsabilidade objetiva nas relações de consumo, haja vista a dificuldade (senão impossibilidade) do consumidor em provar a culpa do fornecedor. Para Cavalieri Filho (2015, p. 586), o CDC se contrapõe a “teoria do risco do consumo”, através da teoria do “risco do empreendimento”.

A fim de justificar juridicamente a aplicação da responsabilidade objetiva, frente aos riscos que se desenrolaram a partir de conformação da sociedade de risco, desenvolveram-se teorias exatamente para explicar os motivos que levaram a adoção de uma responsabilidade sem culpa, tais como o Risco-Proveito, Risco Profissional, Risco Criado, Risco Integral e Risco Excepcional.

Para Cavalieri Filho (2015, p. 586), a justificativa do CDC na adoção da responsabilidade objetiva é a teoria do risco do empreendimento (ou atividade empresarial), que fixa suas bases na tese de que o fornecedor tem papel de garante dos produtos e serviços por ele ofertados, e deve responder pelas suas qualidade e segurança. Assim, aquele que se dispõe a exercer atividade no mercado de consumo, deve responder por eventuais vícios,

defeitos ou danos provenientes de seus bens ou serviços, tendo em vista o dever de obediência às normas técnicas e de segurança impostas pela legislação consumerista.

Por outro lado, Miragem (2014) afirma que, em virtude da relação econômica existente entre fornecedor e consumidor, a teoria justificadora da responsabilidade objetiva no CDC é o risco-proveito, de modo que quem tem um proveito ou vantagem por uma atividade que causa risco, deve indenizar os danos decorrentes dele. A responsabilidade objetiva, nesse sentido, é uma forma da distribuição dos custos causados pelo lançamento de produtos e serviços no mercado de consumo. Não quer dizer, contudo, que o fornecedor irá sozinho arcar com esses custos, mas se trata da eleição de um critério eficiente de redistribuição por toda a cadeia de fornecimento, já que os custos serão repassados através do sistema de preços.

Desse modo, evidencia-se que o consumidor não poderia assumir os riscos do consumo, nem mesmo ficar sem indenização sob a justificativa de que o fornecedor (causador do dano) agiu com a melhor diligência e técnica (BENJAMIN, 2016, p. 178). É que, na responsabilidade objetiva, o risco é fundamento principal para imputar uma responsabilização a outrem.

No mesmo sentido, para Cavalieri Filho (2015, p. 215-216), risco significa “probabilidade de dano”, de modo que quem exerce uma atividade perigosa, tem o dever de absorver os riscos que dela decorram e ressalta que “é irrelevante o nexo psicológico entre o fato ou a atividade e a vontade de quem a pratica, bem como o juízo de censura moral ou de aprovação da conduta”. Dessa maneira, a culpa está para as ações humanas na mesma medida em que a responsabilidade objetiva está para a tecnologia e as engenharias, haja vista seu caráter impessoal e objetivo (JUNIOR, 1991, p. 1019).

No entanto, alterar a sistemática da responsabilização não é o mesmo que eximir o consumidor de qualquer prova. Pelo contrário, cabe-lhe o ônus de provar o dano e o nexo de causalidade entre este e o defeito do bem de consumo, como se verá adiante (BENJAMIN, 2016, p. 179).

2.5 DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE NA SOCIEDADE DE RISCO

O nexo de causalidade pode ser entendido como o elo entre o dano e seu fato gerador (conduta). É, também, o elemento que indica quais danos podem ser considerados como consequência da conduta do agente, porque a causa de um dano só pode decorrer de um fato que tenha contribuído para o provocar, ou mesmo para agravar seus efeitos (NORONHA, 2007, p. 475). Além disso, o liame causal também “vincula o dano diretamente ao fato e indiretamente ao elemento de atribuição objetiva da responsabilidade” (ALSINA, 2007, p. 267 *apud* BAHIA, 2016, p. 63).

Ainda, possui uma dupla função: ao passo que permite a identificação do agente responsável pelo dano produzido, também apresenta critérios objetivos para verificar a dimensão do dano a ser reparado (MULHOLLAND, 2009)

Cavaleri Filho (2015, p. 213) afirma que, ainda que a culpa possa ser prescindida na responsabilidade objetiva, o nexo causal deve estar presente, uma vez que “não se pode responsabilizar quem não tenha dado causa ao evento”. Desse modo, as causas de exclusão do nexo de causalidade são igualmente aplicadas.

Miragem (2014), nesta senda, informa que duas teorias de exame do nexo de causalidade se adaptam mais a responsabilidade civil no âmbito do consumo. A primeira delas é a teoria da causalidade adequada – aliás, a mais adotada pela doutrina na responsabilidade civil –, na qual “uma condição deve ser considerada causa de um dano quando, segundo o curso normal das coisas, poderia produzi-lo” (NORONHA, 2007, p. 603). Em uma concepção positiva, a causa será adequada quando o dano ocorrido for a consequência natural ou o efeito provável, em condições de normalidade. Já em uma posição negativa, a causa adequada é aquela que, segundo as regras de experiência, não é indiferente ao resultado do evento danoso – só se excluindo dessas as causas completamente indiferentes ao fato (NORONHA, 2007, p. 604-605)⁸.

Miragem (2014) acrescenta, ainda, que quanto maior for a probabilidade de que determinada causa tenha dado origem ao dano, mais adequada será e, via de consequência,

⁸ Para Noronha (2007, p. 606-607), a preferível entre as duas vertentes da teoria da causa adequada é a negativa, porque dá conta de explicar a responsabilidade naqueles casos em que o dano não é consequência direta do fato, mas também não lhe é estranho ou indiferente. É, portanto, mais favorável ao lesado, isto é, porquanto “provado que o evento atribuído ao indigitado responsável foi uma condição do dano, fica presumida adequação”.

terá aptidão de ser vinculada ao agente como pressuposto da imputação de responsabilidade. Por outro lado, se o resultado deu-se em razão de circunstâncias especiais, a causa sugerida não será a mais adequada. Veja-se que tal teoria dá grande importância ao arbítrio do juiz, na medida em que permite um juízo de probabilidade entre causa e consequência.

A segunda teoria é a da causalidade necessária, na qual somente uma causa direta e imediata, sem a qual o dano não existiria, serve de critério para a imputação da responsabilidade. Trata-se de um dano direto e imediato à causa, de modo que se a cadeia de acontecimentos fosse ali rompida, o dano não teria se efetivado (MIRAGEM, 2014). Entre as duas teorias (causalidade adequada e causalidade necessária), Miragem (2014) entende que a segunda é a que mais se amolda a responsabilidade pelo fato do produto, já que resolve a questão do defeito como pressuposto do dever de indenizar. Pela regra da interrupção do nexo causal, a pergunta que o julgador deve fazer é: “se não houvesse defeito, haveria dano?” (MIRAGEM, 2014). A resposta positiva exoneraria o fornecedor, e a negativa o imputaria responsabilidade.

Todavia, Miragem (2014) esclarece que o mesmo questionamento feito na teoria da interrupção do nexo causal (dano direto e imediato - causalidade necessária), também é feita, por sua utilidade lógica, por defensores da teoria da causalidade adequada, “como um critério útil de valoração da causa mais adequada à realização do dano”. Dessa maneira, o resultado é a aproximação das duas teorias, sobretudo na jurisprudência -- que se utiliza de uma tese, mas fundamenta suas decisões em outra.

Não se olvida, contudo, que há certa dificuldade em provar o nexo de causalidade em uma relação de consumo -- ônus que se incumbe, de início, ao consumidor. Primeiro porque a prova do defeito é extremamente difícil de ser feita pela vítima -- que tem hipossuficiência técnica com relação ao fornecedor, esse em posição de “*matchpoint*” (MARQUES, 2016). Segundo porque, em alguns casos, é difícil fazer uma prova robusta do próprio nexo de causalidade entre o defeito do produto e o dano gerado. A exemplo, Calixto (2004, p. 153) retrata:

Quanto ao nexo causal convém lembrar a dificuldade que sua prova pode trazer para o consumidor, podendo pensar-se na demonstração de que determinado dano decorreu da utilização de um medicamento específico, quando é certo que o consumidor fez uso simultâneo de vários remédios.

Frente a esse problema, a doutrina europeia admite uma “prova de primeira aparência” para demonstrar a existência do nexo causal. Na mesma linha, o direito brasileiro já admitiu a prova do nexo causal a partir de indícios (CALIXTO, 2004, p. 153). Na realidade, Calixto (2004, p. 153-154) alerta para a inversão do ônus de provar o nexo de causalidade, “na hipótese de verossimilhança da alegação ou ainda quando o consumidor for hipossuficiente, tudo na forma do artigo 6º, inciso VIII do CDC”. Tal inversão depende de manifestação judicial, mas não deixará de ser obrigatória caso se verifique um dos dois requisitos legais.

É que a verossimilhança das alegações ensejará um juízo de probabilidade, a partir dos indícios⁹ já apresentados. Convencido o magistrado da verossimilhança das alegações, presumirá ter acontecido, também, o fato causador do dano (CALIXTO, 2004, p. 155).

No mesmo sentido, sobre a prova de primeira aparência, Cavalieri Filho (2015, p. 595) afirma que é exigida apenas a verossimilhança dos fatos, cuja análise decorre de regras de experiência comum. Assim, viabiliza-se um juízo de probabilidade no contexto do evento danoso (por exemplo, a repetição de um mesmo evento em relação a um certo produto), frente a dificuldade de produção de prova, para presumir a existência do nexo causal.

Aliás, no que tange a prova do defeito, diz-se que o CDC presume sua existência, já que para afastar o dever de indenizar, o Código exige a prova de que o defeito não existe. Ato contínuo, se cabe ao fornecedor comprovar que o defeito não existe, conclui-se que ele é presumido, até prova em contrário (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 595).

No mesmo sentido, Calixto, (2004, p. 148-149) anota que no direito brasileiro há uma “presunção relativa de defeito do produto, por força do dano sofrido pelo consumidor, dispensando este de sua prova cabal”. Dessa maneira, cabe ao consumidor fazer a prova somente de que houve o dano e da existência entre o nexo de causalidade entre o defeito do produto e a ocorrência do dano.

Por fim, se não for possível determinar, ainda que pela prova de primeira aparência (isto é, por um juízo de verossimilhança), qual foi o ato causador do dano -- e, conseqüentemente, quem é por ele responsável --, a teoria da causalidade alternativa pode ser útil para resolver o problema. De acordo com Miragem (2014), a teoria da causalidade alternativa tem lugar quando: a) o dano puder ter sido causado tanto pelo fornecedor “A” quanto pelo “B”; b) houver demonstração da participação de todos os possíveis autores na cadeia de acontecimentos; e c) demonstrar-se a “relação de causalidade entre o dano e ação

⁹ Segundo Calixto (2004, p. 155), indícios são os fatos alegados e provados.

individualizada do grupo”. Assim, as causas possíveis do dano estendem-se aos vários fornecedores, que só poderão exonerar-se se afastarem o nexo de causalidade, através de alguma excludente.

É pela adoção da teoria da causalidade alternativa que o CDC indica a solidariedade de vários fornecedores tanto no *caput* do artigo 12, quanto no do artigo 14, conforme já vimos. Desse modo, amplia-se a proteção do interesse do consumidor-vítima frente ao acidente de consumo (MIRAGEM, 2014).

2.6 ELEMENTOS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Nem todas as vezes em que ocorrer um dano à segurança e à saúde do consumidor, necessariamente haverá a responsabilização do fornecedor. Como vimos até aqui, é preciso, antes de tudo, que o consumidor prove minimamente os fatos constitutivos de seu direito, isto é, o dano, o nexo causal e o defeito. O defeito, havendo um dano ligado a um produto, é presumido – como também já se viu. Já o nexo causal, na dificuldade de produzir-se uma prova robusta (ônus que, *prima facie*, cabe ao consumidor), a partir de um juízo de verossimilhança no caso concreto, pode ser deduzido por indícios ou mesmo inverter-se o ônus da prova, cabendo ao fornecedor provar sua inexistência.

É justamente a prova da inexistência do nexo causal que excluirá a responsabilidade do fornecedor. Do mesmo modo, caso seja mantida a incumbência ao consumidor de provar o nexo causal – frente a inexistência de verossimilhança ou hipossuficiência – e este não o fizer, não será imputada responsabilidade ao fornecedor. Nesse sentido, as excludentes que atacam o nexo de causalidade, quanto ao fato do produto, estão previstas no artigo 12, parágrafo terceiro do CDC.

A primeira hipótese de exclusão do nexo causal, prevista no inciso I, diz respeito à prova de que o fornecedor não colocou o produto no mercado de consumo. Tanto Cavalieri Filho (2015, p. 604) quanto Benjamin (2016, p. 185) afirmam que esse inciso é supérfluo e inócuo ao afirmar que a prova de não lançamento do produto no mercado de consumo excluirá o nexo causal, uma vez que, não havendo a conduta de colocação de produto defeituoso no mercado, não há falar sequer em existência do nexo causal. No entanto, Cavalieri Filho (2015, p. 604) esclarece que “a excludente, todavia, faz sentido em face da presunção de que, estando o produto no mercado de consumo, é porque foi introduzido pelo

fornecedor”. Assim, cabe ao fornecedor elidir essa presunção, que se exemplifica principalmente nos casos produto falsificado.

Outro ponto importante quanto a essa excludente, é que o CDC não delimita exatamente qual o momento considerado como “colocação no mercado”. Para Cavalieri Filho (2015, p. 605), considera-se colocado no mercado a partir do envio ao distribuidor, ainda que a título experimental (seja para fins de propaganda ou teste).

A próxima excludente tratada pelo CDC cinge-se a comprovação de inexistência do defeito. Como já dito, o acidente de consumo importa na presunção relativa da existência do defeito, cabendo ao fornecedor ilidir tal pressuposto. Dessa forma, o dano deve ser proveniente de outra causa não imputável ao fornecedor. Como bom exemplo, tem-se a ação deletéria do tempo, que não decorre de um defeito do produto ou serviço lançado no mercado (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 605).

Se o defeito, entretanto, deu-se dentro do processo produtivo, não há falar em excludente de responsabilidade, mesmo que tenha sido imprevisível -- e, muitas vezes, o é. Lembre-se que é o fornecedor que tem o dever de garantir a segurança dos consumidores, que são titulares do direito subjetivo à integridade física. Assim, o fornecedor deve “garantir que [o produto] não sofra nenhum tipo de alteração que possa torná-lo defeituoso, oferecendo riscos à saúde ou à segurança do consumidor”, caso em que haverá um fortuito interno, conforme se verá em breve (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 605).

A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro também é acolhida pelo CDC como excludente de responsabilidade civil. Na realidade, o Código foi pouco técnico ao utilizar o termo “culpa”, uma vez que, na responsabilidade objetiva, não se deve falar em culpa. Mais acertado seria a utilização do termo “fato exclusivo do consumidor”, aludindo à situação em que é a própria vítima, ou mesmo um terceiro, que dá causa ao acidente de consumo (SANSEVERINO, 2010, p. 291).

Assim, veja-se que não há qualquer defeito no produto, mas sim uma atividade de outra pessoa (que não o fornecedor) que gera em o dano para o consumidor. Se o consumidor é o único que colabora para a causa do acidente de consumo, não há como responsabilizar o fornecedor. O problema se dá, no entanto, ao se tratar da “culpa” concorrente do consumidor. É possível eximir o fornecedor de responsabilização, ainda que parcialmente?

Em princípio, o CDC trata apenas do fato exclusivo do consumidor, não se podendo admitir, em tese, a diminuição da responsabilidade do fornecedor diante de uma concorrência de fatos. No entanto, a doutrina diverge quanto a possibilidade de mitigação da responsabilidade do fornecedor nesses casos. Como exemplo, Calixto (2004, p. 160) cita Sílvio Luís Rocha (1993), sob o argumento de que o consumidor, nestes casos, não poderia ser beneficiado mesmo violando a obrigação de velar pela sua própria segurança.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem se inclinado para recepcionar a mitigação da parcela de dano abrangida pelo fato exclusivo da vítima, admitindo a culpa concorrente¹⁰. Contudo, Cavalieri Filho (2015, p. 607) opina que o instituto poderia ser aplicado, desde que não tenha sido causa predominante no acidente de consumo:

A culpa do consumidor perde toda a expressão desde que demonstrado que sem o defeito do produto ou serviço o dano não teria ocorrido. [...] O motorista descuidou-se e bateu com o carro num poste. A colisão em si não lhe causou qualquer lesão física, mas o para-brisa estilhaçou e um pedacinho de vidro atingiu um dos seus olhos, deixando-o cego daquela vista. A toda evidência, o fabricante nada tem a responder pelos danos materiais do automóvel. Mas é indiscutível que se não fosse o defeito do para-brisa (que não pode estilhaçar) o motorista não teria perdido uma de suas vistas, não obstante o acidente. Logo, o defeito do produto foi a causa adequada da cegueira, pela qual responde exclusivamente o fornecedor.

A mesma lógica vale para a culpa (ou “fato”) exclusivo de terceiro: a conduta exclusiva de terceiro deve ser preponderante para afastar a causalidade entre existência de defeito e dano ao consumidor. Sobre o tema, Cavalieri (2015, p. 607) exemplifica:

Bem elucidativo o lamentável caso ocorrido em São Paulo e noticiado pelo O Globo de 7/12/2010. “Menina morre ao receber vaselina na veia em hospital”. Estela, de 12 anos, foi internada com quadro de virose, diarreia, febre e dores abdominais. [...] Após receber duas bolsas de soro, Estela começou a passar mal na terceira. Só então foi constatado que em lugar de soro estava sendo injetada vaselina na sua veia. [...] O acidente não decorreu de defeito do produto, mas sim da exclusiva conduta da enfermeira, caso em que deverá responder o hospital por defeito do serviço.

Veja-se que, no caso em apreço, não houve defeito no produto e a culpa foi exclusiva de terceiro, motivo pelo qual a responsabilidade do fornecedor do medicamento foi afastada, por não haver nexo de causalidade. No entanto, igualmente, a culpa de terceiro perde

¹⁰ Sobre o tema, cita-se como exemplo o voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, no REsp n. 287.849-SP.

relevância, desde que evidenciado que se não fosse a existência do defeito, o dano não ocorreria. Cavalieri Filho (2015, p. 608) denota:

Bom exemplo disto encontramos em grave acidente ocorrido na véspera do Natal de 1993 na Califórnia, nos Estados Unidos. A família Anderson viajava numa picape Chevrolet Malibu quando o veículo, ao reduzir a velocidade para parar num sinal, foi violentamente abalroado na traseira por outro veículo dirigido por um bêbado. Até aí, o único responsável pelo acidente seria o motorista do segundo veículo, contra o qual milita até uma presunção de culpa. Acontece que a picape explodiu e todos os seis membros da família Anderson -- os pais e os quatro filhos -- sofreram e gravíssimas queimaduras. Quem responde por estes resultados? A justiça americana concedeu aos seis a maior indenização já estipulada em favor de uma pessoa ou família nos Estados Unidos porque reconheceu que a picape explodiu porque havia defeito no produto. O tanque de gasolina fora colocado em lugar inadequado, de sorte que simples batida traseira, que a rigor não traria outras consequências além de danos materiais no veículo, acabou dando causa a uma verdadeira tragédia [...] A picape não oferecia a segurança legitimamente esperada, pois ninguém, em sã juízo, haveria de adquirir um veículo sabendo que era uma verdadeira bomba ambulante, pronta a explodir à primeira batida traseira. Em casos tais, repita-se, não há que se falar em culpa exclusiva de terceiros, sequer concorrente, porque a causa determinante do dano é o defeito do produto.

Desses dois exemplos, conclui-se que a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros pressupõe a inexistência do defeito, no que se resolve a análise do problema. Já na culpa concorrente, haveria um defeito que violaria a segurança do consumidor, não podendo o fornecedor deixar de ser responsabilizado. O ponto cinge-se, então, à existência ou não de defeito: “havendo culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, por óbvio, não há defeito no produto” (ARRUDA ALVIM, 1995 *apud* CAVALIERI FILHO, 2015, p. 608). Por outro lado, Sanseverino (2010, p. 292-293) discorda, afirmando que “é perfeitamente possível que, apesar de o produto ou serviço apresentarem defeito, os danos sejam causados por culpa exclusiva da vítima, excluindo a responsabilidade do fornecedor”, uma vez que defeito e o nexos causal são requisitos diferentes da responsabilidade civil pelo fato do produto ou serviço. Para ele, a solução reside, pois, no exame do caso concreto e consequente avaliação da importância causal dos diferentes fatos que atuam na produção de determinado dano.

Outra divergência da doutrina se dá quanto a possibilidade do comerciante ser considerado terceiro, admitindo-se a exclusão da responsabilidade do fornecedor em razão de fato imputável àquele (CALIXTO, 2004, p. 161). Contudo, tanto Cavalieri Filho (2015, p.

609) quanto Calixto (2004, p. 161) concordam que o comerciante é personagem fundamental na cadeia de produção, não sendo possível tal exclusão, cabendo ao fornecedor escolher com quem irá relacionar-se para distribuir seus produtos, pois faz parte de seu risco da atividade.

Por fim, há certa discussão quanto a aplicação do caso fortuito e força maior, da responsabilidade civil geral, no âmbito consumerista. Embora não esteja expressa no CDC, alguns autores aceitam sua aplicação, dentre os quais Gustavo Tepedino, Paulo de Tarso Sanseverino e Hermann Benjamin. Por outro lado, Nelson Nery e Zelmo Denari são exemplos de autores que não admitem a inclusão dessas excludentes, sob o argumento de que o rol das excludentes no CDC é taxativo (MIRAGEM, 2014).

Para Cavalieri (2015, p. 98), caso fortuito e força maior são semelhantes e o próprio Código Civil não os diferencia. No entanto, a única distinção entre eles cinge-se à imprevisibilidade:

[...] estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for irresistível, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, estaremos diante da força maior, como o próprio nome diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível.

No mesmo sentido, Noronha (2007, p. 634) afirma que caso fortuito designa-se pela imprevisibilidade de um acontecimento, seja por fato humano ou da natureza, e que por isso seria inevitável. Já a força maior caracteriza-se pela irresistibilidade, ainda que se pudesse prever o dano, como por exemplo uma tempestade. No entanto, Noronha (2007) não vê utilidade prática em diferenciar os dois institutos.

De todo modo, no âmbito do consumo, a diferença entre fortuito interno e externo tem relevância, na medida em que permite verificar se o acontecimento guarda relação com a atividade do empreendimento.

Nesse sentido, caso fortuito interno é classificado pela doutrina enquanto fato inevitável, normalmente imprevisível, que se liga à própria atividade do agente. Por essa razão, trata-se de riscos que deveriam ser arcados pelo agente, que no exercício de sua autonomia privada, gera situações com aptidão de lesionar a sociedade. De outro lado, o fortuito externo caracteriza-se por um fato estranho à organização, atividade de empreendimento e produção, e que, por isso, não poderia ter seus riscos suportados pelo

produtor. Em virtude disso, o fortuito externo tem a capacidade de afastar o nexo de causalidade, já o fortuito interno, não (MIRAGEM, 2014).

Portanto, ainda que o defeito do produto seja imprevisível ou inevitável, e o fornecedor o tenha submetido a todos os testes possíveis, mantém-se a responsabilidade, caso em que se estará diante de um fortuito interno -- somente sendo possível afastar a imputação, nessa situação, se demonstrada a inexistência do defeito. Ademais, os riscos do empreendimento, ainda quando fortuitos internos, submetem-se à noção geral de defeito de concepção ou formulação do produto ou serviço. Outrossim, se o defeito se dá antes da introdução do produto no mercado (concepção), não importa saber o motivo que causa o defeito: o fornecedor sempre será responsável por suas consequências, embora não possa prevê-lo (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 609).

O fortuito externo, diferentemente, não atua na fabricação ou formulação do produto ou serviço, mas em momento posterior, e nada tem a ver com o empreendimento do fornecedor – justamente por isso, não há falar em defeito (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 609).

Para Cavalieri Filho (2015, p. 610) o fortuito externo, na realidade, seria verdadeira “força maior”, não guardando relação com o produto ou serviço e, por isso, excluindo a responsabilidade do fornecedor. De qualquer forma, a doutrina converge para aceitar o fortuito externo como excludente da responsabilidade. Dentre eles: Cavalieri (2015, p. 609), Miragem (2014), Calixto, (2004, p. 162) e Sanseverino (2010, p. 322). Este último, aliás, acrescenta: “o fundamental é que o acontecimento inevitável ocorra fora da esfera de vigilância do fornecedor, ou seja, após a colocação do produto no mercado, tendo força suficiente para romper o nexo de causalidade”.

O risco do desenvolvimento insere-se também nesse contexto da exclusão do nexo de causalidade, e passa por discussões semelhantes ao da classificação do caso fortuito interno, especialmente no que toca à taxatividade das excludentes de responsabilidade do fornecedor. Entretanto, em um contexto de risco, sua aplicação não é pacificada pela doutrina, motivo pelo qual, dedicaremos o próximo capítulo à análise do instituto.

3 A (IN)APLICABILIDADE DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO COMO EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE NA SISTEMÁTICA DO CDC E ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

A própria noção dos riscos do desenvolvimento nem sempre está relacionada a um defeito, sendo sua atuação como excludente de responsabilidade discutível na doutrina, de modo que a responsabilidade do fornecedor não decorre automaticamente de sua constatação. Mas todos concordam que se trata, na verdade, de riscos graves que são descobertos somente após a colocação de um produto no mercado, embora aparentassem ser seguros.

São vários e trágicos os casos que envolvem os riscos do desenvolvimento, cujos produtos eram considerados seguros à época de seu lançamento, mas que após alguns anos revelaram-se nocivos à vida e segurança. Como exemplos já consolidados, Calixto (2004, p. 177-179) cita os cigarros; o anticolésterol MER-29, que causou cegueira em alguns usuários; o talco Morhange, que provocou morte de crianças na França; o Cortegan-Talidomida, utilizado contra enjoos para mulheres grávidas, que acarretou no nascimento de bebês com deformidades graves.

Além desses, alguns outros exemplos que ainda são discutidos no plano da ciência são os Organismos Geneticamente Modificados (transgênicos), cujas consequências para a saúde não se sabe ao certo quais são; a reposição hormonal em mulheres em menopausa, que de acordo com quatro estudos realizados na Inglaterra, noticiados em 2002 pela BBC, Folha de São Paulo e O Globo, foi associada ao aumento de riscos de câncer de mama, embolia pulmonar e derrame (CALIXTO, 2004, p. 180-181).

De fato, no contexto da sociedade de risco, em que o progresso científico dá largos passos – e que não são alcançados pelo direito –, o maior obstáculo da comunidade jurídica é lidar com os efeitos do avanço tecnológico, que podem causar danos às pessoas, inclusive de forma massiva. Como já visto no primeiro capítulo, risco é uma ameaça muitas vezes imprevisível, que encontra seus limites na finitude do conhecimento, e que, em sua maioria, são invisíveis aos sentidos humanos e projetam-se no tempo e espaço. Nessa linha, o risco do desenvolvimento manifesta um problema já pressentido por Beck (2002), quando pensou sobre a irresponsabilidade organizada: quem deve ser responsável pelos rastros do galopante desenvolvimento tecnológico?

Com efeito, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor protege a segurança e saúde dos consumidores de modo geral, mas nada prevê sobre os riscos do desenvolvimento. No Brasil, a doutrina não é unânime sobre o tratamento que deve ser dado ao risco do desenvolvimento, em que o fornecedor coloca no mercado produtos que acredita serem seguros, mas que se revelam extremamente nocivos ou perigosos. Em um contexto de incerteza, quem deve arcar com os custos e as consequências do desenvolvimento tecnológico? Cabe ao consumidor aceitar que a evolução da ciência, muitas vezes, deriva de tentativas e erros, tal qual um jogo de roleta russa? Ou deve o fornecedor absorver tais riscos, dado que é responsável pelos riscos de sua atividade? A eventual absorção desses riscos pelo fornecedor obstará a evolução científico-tecnológica? No plano internacional, qual é o tratamento dado aos riscos do desenvolvimento, haja vista a necessidade de fomentar a evolução da ciência?

Diante de tantos questionamentos, faz-se necessária uma análise do instituto em contexto de incerteza, iniciando pelo direito comparado para, então, situar o sistema brasileiro dentro dessa perspectiva e elencar argumentos contrários e favoráveis ao risco do desenvolvimento, enquanto excludente de responsabilidade do fornecedor pelos danos de acidente de consumo.

3.1 VISÃO GERAL DO DIREITO COMPARADO

Situa-se o risco do desenvolvimento como tema polêmico porque “não pode ser cientificamente conhecido quando do lançamento do produto no mercado, considerando-se o estado da ciência e da técnica, ou estado da arte”¹¹, e que foi descoberto apenas depois de certo tempo de seu uso” (CHINELLATO; MORATO, 2009, p. 29).

Para Lisboa (2012, p. 317), risco do desenvolvimento é aquele que decorre da utilização de um produto adequado para determinada época, mas que se revela, posteriormente, perigoso para a vida, saúde ou segurança do consumidor. Sanseverino (2010, p. 339) afirma que, no risco do desenvolvimento, há um defeito que causa um dano ao

¹¹ Estado da arte é uma expressão que decorre do direito estadunidense, com relação ao “*design*” do produto. Se dá quando mesmo a vanguarda do conhecimento científico ignorava a periculosidade do produto lançado no mercado (CALIXTO, 2004, p. 193). Por outro lado, Calvão da Silva (1990, p. 513) afirma que o estado da arte relaciona-se à cognoscibilidade da existência de um defeito.

consumidor, mas este se mostra desconhecido e somente os avanços tecnológicos ou o decurso do tempo permitem sua constatação.

Benjamin (2016, p. 188), por sua vez, também relaciona o risco do desenvolvimento a um defeito que, em face do estado da ciência e da técnica na época de sua locação no mercado, era desconhecido e imprevisível. Calixto (2004, p. 174-176), no mesmo sentido, entende que os riscos do desenvolvimento são aqueles não cognoscíveis pelo mais avançado estado da ciência e só vêm a ser descobertos depois de um período de uso do produto.

Outra definição dada aos riscos do desenvolvimento sugerem o quanto de incerteza no futuro pode existir com relação à atualidade de um produto, tendo em mente que novos desenvolvimentos revelam a insegurança acaçapada nos produtos e serviços colocados no mercado (WESENDONCK, 2012, p. 214).

Esses riscos, embora se acreditasse que o produto ou serviço colocado no mercado fosse seguro, somente são conhecidos quando geram um dano, manifestando-se em um acidente de consumo. Já se viu, no capítulo pretérito, que o acidente de consumo no Brasil é legislado pelo Código Brasileiro de Defesa do consumidor. O CDC, reconhecendo a vulnerabilidade dos consumidores, deu conta de ampliar as possibilidades de proteção através de uma série de institutos, como a inversão do ônus da prova, a responsabilidade objetiva, a presunção *juris tantum* do defeito, bem como uma possível flexibilização do ônus de provar o nexo causal pela teoria da aparência. Entretanto, como o CDC não adota a teoria do risco integral¹², mas sim a do risco da atividade, é possível ilidir a responsabilidade do fornecedor, caso sejam demonstradas uma das excludentes de responsabilidade elencadas no código.

No velho continente, por sua vez, os acidentes de consumo são regulamentados pela Diretiva 374, de 25 de julho de 1985, da União Europeia -- doravante denominada apenas de Diretiva 85/374/CEE. Embora o CDC tenha inspirado-se nessa norma (por exemplo, instituindo a responsabilidade objetiva como regra para o fato do produto), algumas diferenças ainda são guardadas entre o código brasileiro e a norma europeia (PASQUALOTTO, 1993, p. 155).

Como exemplo, pode-se citar a limitação à indenização que existe no artigo 16, número 1, da Diretiva 85/374/CEE, e que não foi prevista no CDC. Do mesmo modo ocorre

¹² É a mais extremada de todas as teorias que justificam a responsabilidade pelo risco, uma vez que fundamenta o dever de indenizar ainda que inexistia nexo causal, ou quando este se mostre extremamente diluído. Aplica-se, geralmente, a danos ambientais (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 218).

com os riscos do desenvolvimento: a Diretiva previu expressamente que os riscos do desenvolvimento afastam o nexo de causalidade e excluem a responsabilidade do fornecedor. O CDC, no entanto, não previu explicitamente o risco do desenvolvimento enquanto excludente de responsabilidade – embora também não o tenha excluído –, de modo que sua admissão não é exatamente acolhida por toda a doutrina brasileira.

Aliás, importante pontuar que foi a tragédia dos efeitos da talidomida que deu início aos debates que originaram a Diretiva 85/374/CEE, para impor a responsabilização objetiva do produtor, reformando o Direito Comunitário. Contudo, a mesma tragédia não foi contemplada pela norma europeia, na medida em que excluiu a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento (WESENDONCK, 2012, p. 216).

Assim, a Diretiva 85/374/CEE, no artigo 7º, prevê que o fornecedor não será responsabilizado pelos danos decorrentes de produtos, quando se verificar uma hipótese de risco do desenvolvimento. Mas, igualmente, prevê que os Estados-Membros podem dispor em contrário em suas leis internas, deixando tal excludente de responsabilidade ao arbítrio de cada país. A importância desse tema levou à previsão do artigo 15, número 3 da Diretiva, anunciando o prazo de dez anos para a Comissão submeter ao Conselho relatório sobre a proteção dos consumidores e o funcionamento do mercado comum, bem como a aplicação do artigo 7º, número 1 da Diretiva – que trata sobre a exclusão da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento –, podendo o Conselho das Comunidades Europeias decidir pela sua revogação (CALIXTO, 2004, p. 184-185).

Tal revogação não foi realizada, embora, segundo Calixto (2004, p. 185-186), a Comissão do Meio Ambiente, da Saúde Pública e da Política do Consumidor tenha sugerido à Comissão dos Assuntos Jurídicos e do Mercado Interno do Parlamento Europeu pela supressão do dispositivo supramencionado. Aliás, o parecer¹³ da Comissão do Meio Ambiente relata que a exoneração da responsabilidade do fornecedor em razão dos riscos do desenvolvimento atribui ao consumidor os riscos da atividade do empreendimento (CALIXTO, 2004, p. 185).

A liberdade que a Diretiva 85/374/CEE deixou às leis internas, como se vê, permitiu que surgissem regimes diferentes de responsabilidade em cada país, além de gerar amplos

¹³ De acordo com Calixto (2004, p. 186), tal parecer é datado de 26 de janeiro de 2000, e teve 29 votos favoráveis, 18 contra e 2 abstenções, para defender, dentre outras coisas, a presunção do nexo causal entre defeito e dano e a supressão do limite máximo de indenização.

debates acerca do tema (WESENDONCK, 2012, p. 218). Tentando conciliar esses interesses, a Comissão das Comunidades Europeias formulou um Livro Verde¹⁴, com vistas a possibilitar a indenização das vítimas de danos sofridos por produtos defeituosos, preocupando-se, de igual modo, em não obstar a capacidade de inovação da indústria. Em que pese o Livro Verde não ter *status* de lei, seus debates observaram a necessidade de atualização da Diretiva europeia, haja vista a pouca efetividade frente aos riscos a que a sociedade é exposta. Do mesmo modo, também analisou-se a repercussão da aplicação da Diretiva na Comunidade Europeia, mas não se teve por escopo buscar soluções – limitando-se a questionar a efetividade da proteção contra produtos defeituosos (WESENDONCK, 2012, p. 216-217).

Assim, Chinellato e Morato (2009, p. 31-32) explicam que o risco do desenvolvimento envolve alguns pressupostos fundamentais para entender sua aplicação no âmbito europeu, quais sejam:

- a) funda-se na responsabilidade civil objetiva;
- b) consagra o risco do desenvolvimento com causa excludente da responsabilidade civil;
- c) para ser admitida essa excludente, o produtor tem o ônus de provar que, no momento da colocação do produto no mercado, não era possível detectar a existência do defeito;
- d) a legislação interna de cada Estado-membro pode ou não incorporar essa excludente do risco do desenvolvimento;
- e) o critério temporal para aferição do estado da ciência e da técnica ou estado da arte é o da colocação do produto no mercado e não da verificação do dano.

Com efeito, Pasqualotto (1993, p. 156) conclui que a Diretiva 85/374/CEE é menos benéfica que o CDC em termos de proteção ao consumidor. Lembre-se que o CDC estabelece que o fornecedor só não será responsabilizado quando comprovar alguma das excludentes de responsabilidade, diante da presunção do defeito e da flexibilização do nexo causal, havendo plausibilidade do direito e comprovação do dano. Na Diretiva, por sua vez, cabe ao lesado a prova do dano, do defeito e do nexo causal, conforme seu artigo 4º (WESENDONCK, 2012, p. 216).

¹⁴ Bruxelas, 1999.

3.1.1 Aplicação dos riscos do desenvolvimento nos países europeus

Segundo Relatório de Responsabilidade do Produto na União Europeia, somente dois países optaram por não adotar a excludente de responsabilidade pelo risco do desenvolvimento: Luxemburgo e Finlândia. Outros países, como a França e a Espanha, adotaram a excludente, mas com ressalvas (CHINELATTO; MORATTO, 2009, p. 32).

É que, ainda na fase de discussões para elaboração da Diretiva, os países dividiram-se em dois grupos opostos. Não se deve esquecer que, embora o objetivo da Diretiva fosse de harmonizar interesses, a questão dos riscos do desenvolvimento centra-se na disputa entre consumidores e fornecedores, notadamente da indústria farmacêutica, o que fez com que nem todos concordassem pela responsabilização pelos riscos do desenvolvimento (WESENDONCK, 2012, p. 218).

O primeiro grupo, assim, era composto pela Bélgica, Dinamarca, Grécia, França, Irlanda e Luxemburgo, no sentido de não alocar o risco do desenvolvimento como hipótese de exclusão da responsabilidade, defendendo que se o produtor fosse responsável pelos danos decorrentes desses riscos, teria condições de repercutir o custo da indenização no preço do produto, bem como no de eventual seguro, de modo que, ao fim, a coletividade arcaria com o ônus do progresso tecnológico, sem prejuízo ao consumidor (WESENDONCK, 2012, p. 218).

O segundo grupo, por outro lado, formado pela Itália, Países Baixos e Reino Unido, não compartilhou da mesma opinião, buscando a inclusão do risco do desenvolvimento para afastar o nexo causal, sob o argumento de que a retirada da causa de exclusão poderia repercutir negativamente na produção da ciência e alta tecnologia, bem como agravaria o custo dos seguros de responsabilidade (WESENDONCK, 2012, p. 218).

Em razão dessa discrepância, a diretiva adotou uma “solução de compromisso”, culminando justamente na autorização de cada país dispor em contrário da cláusula que exclui a responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento. Via de regra, mesmo com expressa previsão da Diretiva em sentido oposto, os países europeus têm autonomia para se opor, absorvendo a Diretiva por completo ou não (WESENDONCK, 2012, p. 219). O direito espanhol, a título de exemplo, excepcionou a excludente apenas no que toca aos remédios, drogas, gêneros e produtos alimentícios destinados ao consumo humano, mas manteve com relação a outros produtos (CHINELLATO; MORATO, 2009, p. 32).

Quanto ao direito francês, contrariando o que a jurisprudência vinha até então manifestando, a excludente dos riscos do desenvolvimento foi recepcionada, salvo nas hipóteses de danos causados por elemento do corpo humano ou por produtos dele saídos, ou mesmo quando o defeito tenha sido revelado em até dez anos após sua entrada em circulação e o fornecedor não tenha tomado medidas para prevenir suas consequências (CALIXTO, 2004, p. 188). Por outro lado, no sistema de responsabilidade geral francês, a garantia pelos vícios ocultos presume que o alienante tem conhecimento de sua existência, motivo pelo qual não é relevante o argumento da ignorância do defeito ou de que seria indetectável, não constituindo, pois, força exoneratória de responsabilidade civil (WESENDONCK, 2012, p. 216). Chinellato e Morato (2009, p. 47) complementam:

Como já analisado anteriormente, o autor [Calais-Auloy] critica argumentos econômicos em favor da exoneração da responsabilidade e, demonstrando o acerto dos argumentos de equidade, conclui em favor da responsabilização do fornecedor. Assevera ainda que a jurisprudência francesa -- embora não afirme expressamente que o risco do desenvolvimento está a cargo do produtor -- desde há muito consagrou posição favorável às vítimas, fundada em duas regras admitidas com firmeza:

- a) o defeito, mesmo que não detectável, não pode constituir uma força maior exoneratória porque ele não é exterior à coisa. A força maior é externa e, por isso, não se aplica neste caso;
- b) garantia dos vícios redibitórios da coisa vendida. A jurisprudência presume, de modo uniforme, que o vendedor profissional conhece os vícios da coisa vendida.

Frente a essa aparente dicotomia, cabe à vítima optar pelo regime que mais lhe for favorável (o da diretiva ou o regime comum de responsabilidade), no sentido de se defender da exoneração do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento (WESENDONCK, 2012, p. 216).

A Bélgica, no mesmo sentido da França, contrariou sua jurisprudência até então dominante, que entendia pela responsabilidade do vendedor profissional (pois se presumia detentor do conhecimento dos vícios de seu produto), para afastar a responsabilidade nas hipóteses dos riscos do desenvolvimento, sem manifestar, contudo, qualquer exceção (CALIXTO, 2004, p. 190).

O ordenamento português, igualmente, adotou a Diretiva 85/374/CEE e exonerou a responsabilidade do fornecedor totalmente, através do Decreto-Lei 383/89. No entanto, Wesendonck (2012, p. 219) alerta que o direito português embora não agasalhe a

responsabilidade objetiva pelo risco do desenvolvimento, “admite a incidência da responsabilidade subjetiva (culpa provada ou presumida) do produtor se ele não seguir e vigiar o produto para investigar sobre seus riscos”, tomando medidas tempestivas e apropriadas para evitar os danos, que inclui a retirada do produto do mercado. Desse modo, observa-se que ainda que Portugal tenha seguido a orientação da Diretiva, condiciona a não responsabilização do fornecedor a um agir com diligência após a colocação do produto no mercado, sendo preciso analisar sua culpa nestes casos.

Calixto (2004, p. 201-202), contudo, denota que não se deve indagar o elemento culposos, por força da consagração da responsabilidade objetiva. E continua, afirmando que João Calvão da Silva (1990) critica a tradução portuguesa da Diretiva, porquanto inseriu o pronome “lhe”, inexistente em outras línguas e que, ao permitir a referência a um fornecedor específico, pode ser entendido como “a via de reintrodução ou persistência da culpa no edifício jurídico da responsabilidade do produtor ora erguido, e em cujo pórtico se encontra cinzelada a divisa: ‘a responsabilidade objetiva’” (SILVA, 1990, p. 502 *apud* CALIXTO, 2004, p. 201).

Do mesmo modo, a opção do legislador português em exonerar totalmente o fornecedor quanto aos riscos do desenvolvimento também é criticada por parte da doutrina portuguesa, tendo em vista que os casos de exclusão são muito amplos. Em razão disso, Wesendonck (2012, p. 219) colaciona que a doutrina portuguesa identifica uma solução mais razoável no tratamento dado pela Espanha, que aceita a cláusula geral de exclusão pelos riscos do desenvolvimento, mas a excepciona quanto aos medicamentos e gêneros alimentícios.

O mesmo problema se deu com a aplicação da Diretiva pelo Reino Unido, acusado de aplicar a responsabilidade subjetiva do fornecedor quanto aos riscos do desenvolvimento. Isso porque, a Primeira Parte do *Consumer Protection Act* deu a entender que deve ser considerado o que se esperaria de um fabricante diligente de produto análogo, propondo critérios subjetivos de comportamento e levando em conta também quais precauções normalmente o setor industrial toma, ao se excluir a responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. No entanto, tal acusação foi rechaçada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades, em 1997, sob o argumento de que a lei inglesa faz recair sobre o fornecedor o ônus de provar o risco do desenvolvimento e, também, que a norma deve ser analisada à luz do que têm aplicado os tribunais pátrios, não se tendo invocado naquela ação nenhuma decisão contrária ao que se dispunha na Diretiva 85/374/CEE (CALIXTO, 2004, p. 202; SANSEVERINO, 2010, p. 343).

As críticas à Portugal e ao Reino Unido têm razão, porque no direito comunitário europeu os requisitos para aplicar a excludente são interpretados com muito rigor, de modo que o estágio do conhecimento científico deve ser apreciado de maneira objetiva, deixando de lado a subjetividade. Assim, o critério utilizado deve ser a prova objetiva e absoluta (cujo ônus recai ao fornecedor) da impossibilidade de se antever os defeitos por ausência de meios técnicos e científicos, disponíveis à época de sua colocação no mercado. Somente esse fundamento tem condão de autorizar a excludente pelo risco do desenvolvimento, e não o agir subjetivo que um fornecedor diligente normalmente teria (SANSEVERINO, 2010, p. 342).

No direito italiano, o Código de Consumo autoriza o produtor a se eximir da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, sob o fundamento de que “o estado dos conhecimentos técnicos e científicos no momento em que o produto foi colocado em circulação não permitia ainda considerar o produto como defeituoso” (WESENDONCK, 2012, p. 220). Contudo, a mesma crítica feita ao direito português e inglês, também é feita por Calvão (1990, p. 510-511) à norma italiana, porque se usou o verbo “considerar”, que dá a entender uma impossibilidade subjetiva de constatação do defeito pelo produtor em si mesmo, e não um critério objetivo de impossibilidade naquele momento histórico-tecnológico.

De todo modo, a legislação italiana aplica a excludente pelo risco do desenvolvimento, bastando para isso que o produtor comprove que o defeito não era verificável no momento de seu lançamento no mercado. Tal orientação, contudo, não é completamente unânime na doutrina italiana, de maneira que seria possível buscar solução no Código Civil italiano, no artigo 2.050, que trata da responsabilidade pela atividade perigosa. Nesse sentido, não bastaria a observância do estado da técnica somente no momento da colocação do mercado, mas também o acompanhamento do progresso tecnológico após o lançamento do produto, “com a eventual retirada do produto do mercado tendo em vista a tutela da saúde dos usuários do produto” (WESENDONCK, 2012, p. 220-221). Esse, aliás, é o tratamento dado pela jurisprudência italiana, que assim como ocorre em Portugal, também considera o momento posterior à colocação do produto no mercado, e não somente no ato do lançamento em si.

Já a Alemanha, tal qual a França e a Espanha, admite a excludente de responsabilidade, mas com uma exceção. É que a Lei de Medicamentos alemã, de 1976, que teve por escopo responder aos danos ocasionados pela talidomida, trazendo de forma expressa a exclusão de responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento de produtos farmacêuticos. Nesse sentido, a norma que incorporou a Diretiva 85/374/CEE ao ordenamento alemão não

deu conta de derrogar esse entendimento já consolidado, impondo ainda a obrigação do produtor de vigiar e seguir o produto após sua colocação no mercado -- haja vista a evolução dos conhecimentos técnicos e científicos --, bem como em informar os consumidores pelos perigos que podem causar o dano em si (WESENDONCK, 2012, P. 221-222).

3.1.2 Aplicação dos riscos do desenvolvimento nos Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América o cenário é oposto. De início, observa-se que não há uma lei federal que disponha sobre os riscos do desenvolvimento, mas sim leis estaduais. No passado, a tendência americana era de responsabilizar o fornecedor pelos danos advindos de seus produtos, aplicando-se uma *strict liability*¹⁵, inclusive para os riscos do desenvolvimento. Contudo, houve um descontentamento generalizado das seguradoras – uma “contrarrevolução” –, que não aceitavam os altos valores impostos pelos júris a título de indenização. Em razão disso, na década de 1980, muitos estados americanos reformaram suas leis e excluíram a responsabilidade do fornecedor no caso de riscos do desenvolvimento (CALIXTO, 2004, p. 191).

Exemplo dessa mudança de paradigma foi o caso Brown vs. Abbott Laboratories, julgado pela Suprema Corte da Califórnia, em 1988. Essa ação foi movida por mulheres cujas mães utilizaram, na época de sua gravidez, um medicamento chamado DES com objetivo de evitar abortos involuntários. Contudo, essa medicação ocasionou tumores vaginais nas autoras (filhas dessas mães). O entendimento dado pela Corte foi de que “o interesse público caminha no sentido do desenvolvimento e comercialização de novos medicamentos, ainda que possam apresentar sérios riscos, uma vez que [...] têm o condão de salvar vidas e reduzir a dor e o sofrimento”. A mesma Corte aduziu, ainda, que a responsabilização objetiva poderia obstar o progresso científico, já que o fornecedor sentir-se-ia desestimulado a desenvolver novas pesquisas frente à possibilidade de sofrer prejuízos por sentenças desfavoráveis. Por fim, asseverou que responsabilizar um fornecedor por conta de um perigo impossível de ser conhecido, no estado atual de conhecimento humano, é o mesmo que o tornar segurador virtual do produto (CALIXTO, 2004, p. 192).

¹⁵ Calixto (2004, p. 193) explica que “*strict liability*” é melhor traduzida como responsabilidade objetiva, porque nesse tipo de responsabilidade não se indaga negligência do fornecedor e também porque, em português, não é recorrente o uso da expressão “responsabilidade estrita”.

Além disso, o sistema americano está baseado em três tipos de defeitos: de fabricação, de *design* e de informação. Em relação ao primeiro, não há muita novidade, uma vez que continua sendo um desvio de padrão erroneamente efetuado pelo fornecedor, tal qual no direito brasileiro. No defeito de *design*, rejeitou-se o critério único de violação de uma legítima expectativa de segurança, sendo necessário que o consumidor comprove que seria possível um *design* alternativo razoável – embora Calixto (2004, p. 197) anote que não é toda a doutrina americana que concorda com essa prova de *design* alternativo por parte do consumidor. Nos defeitos de informação ocorre da mesma forma, de modo que deve o consumidor provar a possibilidade do fornecedor apresentar instruções ou advertências que foram, contudo, omitidas (CALIXTO, 2004, p. 196-97).

Sobre a responsabilidade quanto aos medicamentos e aparatos médicos, no direito estadunidense há uma norma específica para configurar o caráter defeituoso, que o será quando apresentar um defeito de fabricação ou de *design* ou informação. Nesse caso, o defeito de *design* se dá quando os riscos previsíveis de dano forem suficientemente maiores em relação aos possíveis benefícios terapêuticos, de modo que os agentes de saúde não teriam prescrito tal medicamento ou aparato médico a nenhuma classe de pacientes. Já o de informação se dará quando as instruções ou advertências não forem suficientemente fornecidas tanto aos agentes de saúde, quanto ao paciente – nesse último caso, notadamente quando o fornecedor sabe que os agentes de saúde não estariam em condições de reduzir os riscos de dano de acordo com as instruções ou advertências (CALIXTO, 2004, 198-199).

Conclui-se, assim, que o sistema norte-americano é ainda mais desfavorável ao consumidor, mesmo diante da Diretiva 85/374/CEE, que prevê expressamente a exclusão da responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento. Isso porque, embora tenha conciliado interesses de países distintos no sentido de afastar a responsabilidade do fornecedor, a norma europeia deixa a cargo de cada nação a possibilidade de estipular em contrário. Além disso, a Diretiva 85/374/CEE consagrou a responsabilidade objetiva¹⁶, e a prova da existência de um risco de desenvolvimento deve ser efetuada pelo fornecedor, sem a qual sua responsabilidade será mantida. Ademais, vê-se que a proteção do consumidor na Europa tem caminhado no sentido de ampliar-se, na medida em que inclusive os países que adotaram a Diretiva por completo, excepcionam o afastamento da responsabilidade pelo risco

¹⁶ Pasqualotto (1993) e Calvão da Silva (1990) afirmam que a responsabilidade objetiva da Diretiva europeia é limitada, pois dela estão excluídos os riscos do desenvolvimento.

do desenvolvimento em alguns casos, mormente em se tratando de produtos perigosos -- o que já não ocorre nos EUA.

Já nos Estados Unidos, a proteção ao consumidor tem se visto cada vez menor, uma vez que o *state of art* não tem sido aplicado para distribuir os riscos do progresso científico e tecnológico, mas sim para responder a uma demanda do grupo econômico das seguradoras, responsáveis pelo movimento que alterou a forma de aplicação do direito quanto aos riscos do desenvolvimento. Nesse sentido, observa-se que os EUA têm ido à contrassenso do entendimento ocidental, que se torna alarmante, principalmente, em razão do extravasamento do dano em relação ao tempo (muitas vezes, somente verificável em momento muito posterior) e da gravidade de suas consequências.

3.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS E FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DO INSTITUTO

Como já se pôde perceber, existem duas correntes sobre os riscos do desenvolvimento: uma que exclui a responsabilidade do fornecedor e outra que a mantém, com base no risco da atividade profissional. Apesar de várias discussões no âmbito nacional e internacional, sempre se retorna à questão central: quem deve arcar com os riscos do progresso científico e tecnológico?

Nesse sentido, o Livro Verde europeu foi importante porque se debruçou sobre um ponto fundamental no que toca à absorção dos riscos: a supressão do dispositivo que afasta a excludente de responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento teria, de fato, consequências prejudiciais para a indústria ou para o setor de seguro? E mais: “se o risco é considerado demasiadamente grande para ser suportado por seguradoras, não seria também insuportável para o consumidor?” (WESENDONCK, 2012, p. 217).

No Brasil, as questões do risco do desenvolvimento criaram um verdadeiro embate na doutrina, que não é unânime quanto à recepção dessa excludente no ordenamento pátrio, e cujas justificativas pintam-se de inúmeros tons. Fábio Ulhoa Coelho (1994), Gustavo Tepedino (2008) e Rui Stoco (2007) são exemplos da doutrina brasileira que se posicionam a favor da irresponsabilidade pelos riscos do desenvolvimento. Já Herman Benjamin (2016), Roberto Senise Lisboa (2012), Sérgio Cavalieri Filho (2015), Adalberto Pasqualotto (1993) e

Paulo de Tarso Sanseverino (2010) têm entendimento contrário, pela responsabilização do produtor nesses casos.

3.2.1 A irresponsabilidade pelos riscos do desenvolvimento

O argumento principal de quem defende a exclusão da responsabilidade através do risco do desenvolvimento é no sentido de que o fornecedor não pode ser responsabilizado pelo dano personalíssimo que o produto venha proporcionar ao consumidor, se não existia técnica conhecida sobre os efeitos que o produto ou serviço poderiam causar. Além disso, a responsabilidade em desfavor do fornecedor importaria em uma assunção de riscos que o setor produtivo não seria capaz de suportar, culminando na desestimulação da pesquisa científica, do comércio e distribuição de alguns produtos (LISBOA, 2012, p. 319).

Nessa linha, os que advogam pela irresponsabilidade quanto aos riscos do desenvolvimento, argumentam que se estaria diante de riscos incalculáveis e impassíveis de seguro e, em razão disso, alheios aos modos de responsabilização (BAHIA, 2016, p. 71). Outrossim, por mais zeloso e diligente que o fornecedor seja, esforçando-se na pesquisa e desenvolvimento tecnológico, sempre haverá algum resíduo de insegurança, de modo que os efeitos lesivos podem manifestar-se apenas muitos anos após seu lançamento no mercado (COELHO, 1994, p. 82).

Há quem diga, do ponto de vista político, que a responsabilização do fornecedor seria contrária ao próprio interesse dos consumidores, já que implicaria na máxima prudência na fabricação e no lançamento de produtos novos, notadamente os medicinais -- isto é, culminaria na diminuição da produção de medicamentos. É a posição de Ugo Carnevali (1974), que além disso também argumenta sob uma perspectiva técnica, no sentido da responsabilização não se justificar porque faltariam pressupostos do “risco de empresa”, quais sejam, a previsibilidade ou a tipicidade do dano, que permitem a valoração estatística e preventiva, bem como uma distribuição do dano entre todos os adquirentes do produto (CALIXTO, 2004, p. 220).

Carnevali (1974) ainda levanta questões de ordem econômica, criticando o argumento de refletir no preço dos produtos o custo do dano, pois frente a um novo medicamento o consumidor muitas vezes não tem outra opção senão adquiri-lo, o que o prejudicaria. Nada obstante, também cita a necessidade de fomentar a indústria farmacêutica, mas de modo que

os produtos fiquem com preços dentro de um limite razoável. Assim, tentar incluir no valor dos medicamentos os riscos que dele podem sobrevir, ao argumento de que esse seria o verdadeiro custo do produto, é uma suposição falha, pois para Carnevali (1974), “a experiência demonstra que tão logo o fornecedor descobre os riscos do produto imediatamente o retira do mercado” (CALIXTO, 2004, p. 220).

A solução dada por Carnevali (1974) é no sentido de deixar a cargo dos consumidores os danos advindos de um risco do desenvolvimento, que poderiam, inclusive, celebrar contratos de seguro para se proteger. Inclui, também, um maior controle estatal sobre as produções, bem como a constituição de um fundo especial, “mediante contribuições versadas pelos produtores de um mesmo ramo, e destinado a indenizar, ao menos parcialmente, as desafortunadas vítimas dos produtos” (CALIXTO, 2004, p. 221).

Entretanto, Carnevali (1974) é rebatido por Castronovo (1979) que entende que essa espécie de fundo poderia ser uma forma de atenuação da responsabilidade do fornecedor, que poderia se livrar de qualquer outra condenação uma vez que bastaria o fornecedor pagar sua cota para se eximir de responsabilidade, inclusive quanto a segurança dos produtos que oferece, opondo-se à função preventiva da responsabilização (CALIXTO, 2004, p. 221).

Fábio Ulhoa Coelho (1994, p. 82), por sua vez, ressalta que o CDC impõe ao fornecedor o dever de pesquisar, mas que esse dever limita-se a um plano empresarial, de modo que a proposta de “fornecimento de bens ou comodidades de baixo custo, tendo em vista a faixa econômica de consumidor a que se destina, condicionará, certamente, a natureza das pesquisas a serem desenvolvidas”. E continua, afirmando que ainda que existam essas condicionantes de baixo custo, é possível analisar se o fornecedor procedeu às diligências possíveis no que toca ao esclarecimento de potenciais riscos do seu fornecimento (COELHO, 1994, p. 83).

Coelho (1994, p. 84-86), ainda, entende que não há fornecimento perigoso no caso dos riscos do desenvolvimento, porquanto as informações prestadas teriam sido suficientes e adequadas, nos limites do conhecimento humano especializado à época de sua colocação no mercado. Desse modo, não há falar em fornecimento defeituoso por impropriedade de concepção, aproximando-se muito da diferenciação entre risco do desenvolvimento e defeito, apresentada por João Calvão da Silva (1990).

Para Silva (1990, p. 513), o estado da arte é um critério da cognocibilidade do defeito, não um padrão de conduta do fornecedor. Assim, para definir o estado da arte, considera-se a

impossibilidade absoluta da ciência e da técnica para descobrir a existência do defeito, e não a dificuldade de cada um em ofertar produtos de acordo com a tecnologia então vigente. No entanto, esse critério merece crítica, na medida em que observar se cada produtor agiu de acordo com um padrão ideal, frente às possibilidades ofertadas naquele momento histórico-tecnológico, aproxima-se muito de uma responsabilidade subjetiva, o que não foi admitido tanto pela Diretiva 85/374/CEE quanto pelo CDC. Do mesmo modo, exigir uma prova absoluta e cabal da impossibilidade da ciência antever os riscos do produto “pode tornar inoperante a excludente em razão da extrema dificuldade para o fornecedor realizar tal prova” (CALIXTO, 2004, p. 206).

Segundo Carnevali, (1974, p. 521), o defeito é aquele risco previsível, que está dentro dos cálculos de probabilidade do fornecedor. Por ser um desvio de um padrão, o defeito de concepção aproxima-se do risco do desenvolvimento, mas ambos diferem entre si quanto a sua previsibilidade e separam-se pelo estado da arte, que se situa entre os dois conceitos:

[...] os riscos do desenvolvimento podem ser assimilados aos defeitos de concepção, funcionando como uma espécie de vasos comunicantes: riscos que num certo estágio dos conhecimentos científicos e técnicos constituem defeitos do desenvolvimento, num estágio ulterior do progresso técnico e científico já serão defeitos de concepção ou projeto.

Assim, vê-se que Silva (1990) e Coelho (1994) não compartilham da mesma lógica que Benjamin (2016), Cavalieri Filho (2015) e boa parte da doutrina consumerista, ao menos no Brasil, na medida em que as legítimas expectativas dos consumidores e o conceito de periculosidade adquirida não são levados em consideração para definir o que é defeito, aproximando a lógica objetiva do direito do consumidor à subjetividade, diante da comparação com um padrão de fornecedor ideal em certo período da ciência e da técnica. Nesse sentido, para Silva (1990) e Coelho (1994), o risco do desenvolvimento seria quase um defeito aceitável, haja vista sua imprevisibilidade e harmonização com relação à tecnologia então disponível. Resumidamente, para eles, defeito seria um risco previsível, enquanto o risco do desenvolvimento seria um risco imprevisível.

Além disso, de acordo com Coelho (1994, p. 86), a previsão do artigo 10 do CDC de que o fornecedor não deve oferecer no mercado produtos que sabe ou deveria saber serem excessivamente nocivos ou perigosos, exclui a responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento. A análise do texto normativo, assim, levaria a crer que o fornecedor não

está proibido de oferecer produtos ou serviços cujos riscos o estado da arte do momento não dá condições de detectar. Outrossim, se o fornecedor não possui condições de antever o risco, não tem ou deveria ter o dever de sabê-lo, pois isso equivaleria a obrigá-lo ao impossível. No entanto, o dever de informar às autoridades caso sobrevenha uma periculosidade é mantido, situação que se o fornecedor não cumprir, somente então será responsabilizado. E mais: a inexistência de previsão expressa sobre o tema também é indício de que não foi a intenção do legislador responsabilizar quanto aos riscos do desenvolvimento.

Marins (1993, p. 135-136), em sentido semelhante, afirma que os riscos do desenvolvimento tratam-se de defeito juridicamente irrelevante para o direito, uma vez que não se subsume a defeito de informação, produção ou criação, inexistindo, portanto, um dos pressupostos da responsabilidade que autorize a responsabilização. Importante anotar que o autor afasta a hipótese de defeito de criação, porque entende que “o produto foi concebido sem qualquer espécie de falha de projeto ou fórmula então cognoscível pelo homem, isto é, não decorriam [...] qualquer espécie de risco à saúde ou segurança”. Dessarte, a expectativa dos consumidores somente só será legítima quando não pretender que o produto supere o próprio grau de conhecimento científico existente no momento de sua introdução no mercado, de modo que nesse caso, não haverá defeito.

Igualmente, Tepedino (2008, p. 287-288) não entende que há defeito do produto ou serviço, porque não se rompe o liame entre seu funcionamento e as legítimas expectativas dos consumidores se levado em consideração o conhecimento científico atual. Segundo ele, não se pode esperar algo que não se conhece (2000, p. 68). Observa-se, ainda, que para haver a caracterização do risco do desenvolvimento como defeito, ou mesmo como um dever jurídico tutelado, seria preciso uma previsão legislativa expressa, mormente, porque o CDC consagrou a responsabilidade objetiva, e o critério da previsibilidade pelo fornecedor do grau de nocividade não faz sentido e um sistema sem culpa (TEPEDINO, 2000, p. 69).

Stoco (2007, p. 49-50) vai além, e defende que a lacuna legislativa no CDC não se deu por mero esquecimento, mas foi voluntária e intencional, isto é, uma opção política do legislador. Pontua, nesse sentido, que não é possível invocar a CRFB/88 em suas disposições meramente enunciativa e pragmáticas (ou seja, a proteção constitucional do consumidor, no artigo 5º, XXXII) para acobertar omissão do legislador, e conclui que o legislador reconhece a possibilidade do produto, após introduzido, apresentar perigo para o consumidor. Mas, “não

obstante isso, preferiu não responsabilizar pelo risco do desenvolvimento, mas apenas impor a comunicação às autoridades e consumidores através de anúncios”.

Conclui-se, assim, que os defensores da irresponsabilidade pelos riscos do desenvolvimento levantam argumentos políticos, econômicos e técnicos para justificar sua posição de não responsabilizar os fornecedores pelos riscos do desenvolvimento. Coelho (1994) e Tepedino (2008) afirmam que não há defeito do produto em se tratando de risco do desenvolvimento, ou porque a legítima expectativa dos consumidores não pode ir além do conhecimento técnico existente, ou mesmo porque o fornecedor não poderia prever sua existência em um cálculo de probabilidade. Stoco (2007), na mesma linha técnica, afirma que a omissão legislativa foi premeditada, de modo que foi uma escolha política do legislador acolher a irresponsabilidade pelo risco do desenvolvimento. Por sua vez, Marins (1993) até aceita o risco do desenvolvimento enquanto uma espécie de defeito, no entanto, não seria ele juridicamente relevante, ao passo que não foi tutelado expressamente pelo CDC.

Dentre todos, talvez o jurista que mais se diferencie seja o italiano Carnevali (1974), porque afirma que a exclusão da responsabilidade favorece os próprios consumidores, que pela lógica do mercado não pagariam pelos custos incorporados nos produtos que serão repassados aos consumidores, caso se responsabilize o fornecedor. Nesse sentido, o Carnevali defende a instituição de um fundo coletivo para assegurar aqueles consumidores que sofreram os danos. Observa-se, assim, que Carnevali (1974) talvez seja o único, dentre os juristas pesquisados, que não defende a exclusão da responsabilidade sob a ótica das seguradoras e de uma visão puramente formalista, mas se volta para questões relevantes no que tange a distribuição dos riscos.

3.2.2 A responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento

De outro lado está a parte da doutrina que não acolhe a exclusão de responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento. Para esses, embora os riscos ainda não tenham sido detectados pela técnica e ciência no momento da introdução no mercado do consumo, não deixam de configurar defeito no produto ou serviço e, portanto, não excluem a responsabilidade do fornecedor (BAHIA, 2016, p. 71) .

Nessa linha defende Benjamin, (2016, p. 188-189), para quem os riscos do desenvolvimento são uma espécie do gênero defeito de concepção, já que a periculosidade

adquirida dos riscos do desenvolvimento viola a legítima expectativa dos consumidores. Desse modo, se um fabricante conseguir provar que desconhecia o potencial lesivo de um produto à época de seu lançamento no mercado, ainda assim será responsabilizado, uma vez que assumiu todos os seus riscos no momento em que decidiu fabricá-lo.

Essa situação se assemelha àquela em que o fabricante coloca um produto no mercado e logo após vem a conhecer seus riscos, mas permanece silente. Nesse caso “ao defeito de concepção original acrescenta-se um defeito de comercialização por carência informativa” e tanto no primeiro caso (quando há apenas o defeito de concepção) quanto no segundo (quando este defeito passa a ser conhecido e o fornecedor não toma nenhuma providência) parece inaceitável qualquer exoneração do fornecedor (BENJAMIN, 2016, p 189).

Além desse argumento, Benjamin (2016, p. 189-190) levanta outros, inclusive já criticados acima, no sentido de que a excludente baseada no risco do desenvolvimento traria elementos indesejáveis do sistema fundado na culpa. Ainda, aduz que “chega até a ser imoral esperar que bens de consumo inseguros sejam comercializados para, só então, alertar os consumidores sobre seus riscos”. Por fim, traz à baila que a exigência da sociedade moderna é de que nenhum consumidor vítima de acidente arque sozinho com seus prejuízos, de modo que todos os beneficiários da sociedade de consumo – isto é, os outros consumidores –, devem repartir tais prejuízos. Contudo, isso somente será possível através da responsabilização do fornecedor, que tem condições, através do mecanismo de preço, de “proceder à internalização dos custos sociais (externos) dos danos”, consubstanciando-se em uma justiça distributiva.

Pasqualotto (1993, p. 165) concorda com o propósito de Benjamin (2016), pois ressalta que o princípio da solidariedade fundamenta o dever de indenizar e garante a proteção dos consumidores contra qualquer espécie de dano. Calixto (2004, p. 216) por sua vez, vai ainda mais a fundo, e alicerça a imposição da responsabilidade civil do fornecedor na proteção da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente prevista: “a proteção da vida, saúde e segurança do consumidor, bem como a reparação dos danos por este sofridos são, em verdade, consequência desta proteção constitucional”.

Calais Auloy (1999, p. 314 *apud* CALIXTO, 2004, p. 216-217), no mesmo sentido, refuta o argumento econômico de que os riscos do desenvolvimento não poderiam ser custeados pelas seguradoras, ou mesmo que acabariam provocando o fechamento de empresas e a obstrução do desenvolvimento científico. Para ele, tais argumentos são infundados e não

têm base em nenhuma estatística séria, sendo inclusive contrapostos pela jurisprudência francesa – que sempre responsabilizou o fornecedor nesses casos, e ainda assim não experimentou retração do mercado de seguros ou qualquer consequência semelhante. Ao contrário, afirma que países com legislação mais rigorosa no plano da segurança, tem benefícios a longo prazo, já que os produtos que mais vendem são aqueles considerados mais seguros.

Lisboa (2012, p. 322), por sua vez, denota que não há elementos suficientes que levem à conclusão de que o CDC tenha adotado a teoria dos riscos do desenvolvimento e argumenta que exonerar o fornecedor de responsabilidade pelo risco do desenvolvimento transfere indevidamente os riscos do desenvolvimento ao consumidor, mormente porque a segurança do destinatário final do produto é bem juridicamente tutelado, com maior importância do que a livre iniciativa da atividade empresarial – que não se nega que deva existir, mas de forma responsável.

É que o legislador cuidou das excludentes de responsabilidade¹⁷ limitando-se à inexistência do defeito (o que, como já vimos, seria a própria inexistência do nexo de causalidade), à não colocação do produto no mercado, e à culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, sem nada dispor pela exclusão quanto aos riscos do desenvolvimento. Além do mais, o CDC faz referência à segurança que o produto ou serviço ofereciam à época de seu lançamento no mercado, considerando-se o estado da técnica naquele momento. No entanto, o mesmo dispositivo não deixa de considerar defeituosos os produtos pelos efeitos que poderão manifestar no futuro: apenas “reputam não defeituosos os produtos ou serviços que se demonstrem seguros à época de sua colocação no mercado, e nada mais” (LISBOA, 2012, p. 322-323).

De mais a mais, a expressão “sabe ou deveria saber”, contida no artigo 10 do CDC, que proíbe a colocação no mercado de produto com alto grau de periculosidade ou nocividade não tem a extensão que se pretende. Isso porque, o dispositivo quer dizer somente que o fornecedor tem o dever de apenas ofertar produtos seguros o suficiente, após exaustivos testes e pesquisas anteriores, especialmente no setor de medicamentos, automóveis e alimentos (SANSEVERINO, 2010, p. 345).

¹⁷ CDC, artigo 12, parágrafo 3º e artigo 14, parágrafo 3º.

Como vimos no tópico anterior, Silva (1990) e Coelho (1994) não compartilham da mesma lógica que a parte da doutrina que defende a responsabilização do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento, na medida em que as legítimas expectativas dos consumidores e o conceito de periculosidade adquirida não são levados em consideração para definir o que é defeito, e aproximam a lógica objetiva do direito do consumidor à subjetividade, diante da comparação com um padrão de fornecedor ideal em certo período da ciência e da técnica.

Para confrontar esse entendimento, imperioso situar a distinção entre produto defeituoso e produto de tecnologia ultrapassada sob uma outra perspectiva. Sanseverino (2010, p. 340), nesse sentido, alerta que os riscos do desenvolvimento não se confundem com a legítima expectativa do consumidor em relação à qualidade e segurança do produto, na época de sua colocação no mercado. Isso porque, na legítima expectativa do consumidor (cujo desvio caracterizaria um defeito), o produto ou serviço não apresentava defeito na época em que foi colocado em circulação, mas é superado, posteriormente, por outro de maior qualidade ou segurança. Nesse caso, não haverá defeito, mas mero progresso da tecnologia.

No risco do desenvolvimento, ao contrário, as legítimas expectativas dos consumidores quanto àquele bem de consumo são frustradas, e ele apresenta uma periculosidade cujos consumidores não esperavam (isto é, periculosidade adquirida), que não faz parte do uso normal do produto ou serviço (BENJAMIN, 2016). Veja-se que, neste caso, focaliza-se naquilo que o consumidor poderia esperar, e não na possibilidade do fornecedor poder prever ou não os riscos advindos daquele produto – até porque a responsabilidade é objetiva, não albergando discussões focadas nos atos do fornecedor. O risco do desenvolvimento seria, portanto, um defeito preexistente (porque de concepção) mas que só se manifesta tardiamente.

Assim, não parece certo confundir a periculosidade que deriva de um produto com o risco assumido pelo fornecedor, já que esse resulta da própria atividade que desenvolve, e abrange tanto o produto defeituoso (defeituosidade), quanto o produto que cause perigo à incolumidade físico-psíquica do consumidor (periculosidade) (CHINELLATO; MORATO, 2009, p. 31).

Deve-se lembrar, ademais, que o próprio CDC afirma que um produto ou serviço não será defeituoso pela colocação no mercado de um produto com qualidade superior, conforme artigo 12, parágrafo 2º e artigo 14, parágrafo 2º. O que fica claro, contudo, é que as variáveis do tempo e da técnica devem ser compatíveis entre si, de modo que “os avanços tecnológicos

não possuem eficácia retroativa para atingir produtos e serviços existentes, que já circulam no mercado de consumo” (SANSEVERINO, 2010, p. 340). Mas isso não quer dizer, por outro lado, que produtos com defeitos de concepção, com manifestação tardia, fiquem fora da linha de alcance da responsabilidade.

Com efeito, Chinellato e Morato (2009, p. 31) consideram artificiais e infundadas tentativas que tenham por objetivo reduzir, ou mesmo eliminar, a responsabilidade do fornecedor através de propostas de classificações – como a que diferencia periculosidade e defeituosidade, por exemplo –, já que a proteção do consumidor é o escopo da norma do CDC. Do mesmo modo, não entendem razoável defender a irresponsabilidade de produtos cujos defeitos não eram verificáveis no momento de sua inserção no mercado, isto é, incognoscíveis, “pois a responsabilidade existe, seja o defeito conhecido, seja desconhecido”.

Assim, não se poderia intuir que há uma norma no CDC passível de confusão com os riscos do desenvolvimento, já que ele transferiria os riscos da evolução tecnológica ao consumidor, mesmo que tenha sua expectativa de segurança violada (CHINELLATO; MORATO, 2009, p. 30).

Especialmente, a questão da distribuição dos riscos e do encarecimento do progresso para as indústrias e seguradoras têm grande relevância prática, haja vista a responsabilidade objetiva adotada pelo CDC que, enquanto método de imputação da responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, se justifica exatamente como uma forma de distribuição dos riscos pela cadeia produtiva.

Nesse sentido, a consagração da responsabilidade objetiva no âmbito consumerista enquanto instrumento de socialização dos riscos advindo do desenvolvimento tecnológico e científico tem origens na própria história da responsabilidade civil, porque no primeiro momento em que foi concebida, teve como elemento fundante a proteção de uma parte mais fraca, que não teria aptidão de promover a prova da culpa, ganhando um viés de redistribuição justa dos encargos da responsabilidade civil (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 215; CALIXTO, 2004, p. 72-77). Nada obstante, a teoria que justifica a aplicação da responsabilidade civil no CDC, segundo Cavalieri Filho (2015) é a do risco do empreendimento, ou atividade empresarial, pela qual recai ao fornecedor dar conta dos riscos que tem em sua atividade profissional.

Ainda que se admita que o CDC adote outra teoria do risco, a função de absorção e redistribuição dos riscos se mantém intacta. A exemplo, Wesendonck (2012, p. 217) afirma

que se o CDC adotasse a teoria do risco proveito, haveria a necessidade de imputar ao fornecedor as consequências do risco do desenvolvimento, já que este obtém “resultados econômicos apropriáveis com exclusividade” (WESENDONCK, 2012, p. 217).

Com efeito, Wesendonck (2012), ao contrário de Miragem (2014), entende que o CDC baseia-se no risco criado, isto é, quem dá causa ao risco deve suportá-lo, independente de se comprovar aferimento de proveito econômico. Se analisarmos mais detidamente, é possível concluir que a teoria do risco da atividade é uma subespécie do risco criado, porque na primeira, quem cria o risco através de sua atividade de empreendimento, deve arcar com os riscos dela advindos. Veja-se, de qualquer forma, que todas as três teorias podem justificar a responsabilidade objetiva no CDC, com a diferença de que, no risco proveito, haveria de se demonstrar um aproveitamento econômico do agente que dá causa ao risco, conforme explica Cavalieri Filho (2015, p. 216).

Calixto (2004, p. 250-251), por outro lado, propõe como solução para o problema a previsão de um prazo de dez anos para responsabilização do fornecedor, contado a partir do lançamento do produto no mercado. Segundo o autor, o prazo operaria para derruir o argumento econômico contrário à responsabilização do fornecedor, porque nesse caso ele não seria responsabilizado *ad eternum*. Entretanto, igualmente faz uma ressalva de que esse prazo poderia tornar ilusória a responsabilidade do fornecedor em alguns casos de riscos excessivamente tardios, mas não deixa de pontuar que seria uma forma de conciliar interesses.

Para Sanseverino (2010, p. 345), a aceitação da eximente teria o condão de retroceder o regime de responsabilidade objetiva albergado pelo direito brasileiro, já que atribuiria os efeitos lesivos do risco do desenvolvimento ao próprio consumidor. Cavalieri (2015, p. 611), da mesma forma:

Em contrapartida, seria extremamente injusto financiar o progresso às custas do consumidor individual, debitar na sua cota social de sacrifícios os enormes riscos do desenvolvimento. Isso importaria em retrocesso de 180 graus na responsabilidade objetiva, que, por sua vez, tem por objetivo a socialização do risco -- repartir o dano entre todos já que os benefícios do desenvolvimento são para todos. A fim de se preparar para essa nova realidade, o setor produtivo tem condições de se valer de mecanismos de preços e seguros -- o consumidor não --, ainda que isso venha a se refletir no custo final do produto. Mas, se a inovação é benéfica ao consumo em geral, nada impede que todos tenhamos que pagar o preço do progresso.

No mesmo viés que Benjamin (2016), Cavalieri Filho (2015, p. 613) também entende que o risco do desenvolvimento é um defeito de concepção, que gera um acidente diante da violação do dever jurídico de segurança. Complementa, ainda que não é relevante saber se o defeito era previsível ou não – e, via de consequência, se seria inevitável. Mais do que isso, ressalta que os riscos do desenvolvimento devem ser admitidos como caso fortuito interno, isto é, risco integrante da atividade do fornecedor, não elidindo sua responsabilidade (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 611).

Assim sendo, a responsabilização pelos riscos do desenvolvimento tem função de distribuição dos riscos, assegurar a proteção ao consumidor e está devidamente abarcada pela legislação protecionista. Talvez não de forma expressa, mas pelo menos alicerçado pela sistemática desenvolvida principalmente quanto ao dever de segurança, à introdução do conceito de defeito de concepção, bem como à responsabilidade objetiva.

3.3 ALGUNS CASOS EMBLEMÁTICOS

Demonstrou-se, até o momento, que os riscos do desenvolvimento são aqueles desconhecidos pela ciência e técnica no momento de seu lançamento no mercado, sendo reputados seguros, mas que cujos danos manifestam-se após algum tempo de sua colocação no mercado. Muitos e trágicos são os casos resultantes dos riscos do desenvolvimento, mormente porque, por serem desconhecidos, atingem uma grande massa de consumidores e, muitas vezes, não é possível conhecer os seus limites, em um primeiro momento. Nesta baila, os riscos do desenvolvimento amoldam-se perfeitamente aos “novos riscos” que Beck (2002) identificou, já que, inúmeras vezes, são intergeracionais, não respeitam um limite de tempo e espaço e, de início, são invisíveis aos sentidos humanos.

O caso mais simbólico que se pode relembrar é o do medicamento Cotergan-Talidomida, um sedativo fabricado na Alemanha, que entre os anos 1958 e 1962 provocou graves deformidades (focomelia, isto é, encurtamento dos membros) nos nascituros das grávidas que dele fizeram uso. Este sedativo era especialmente indicado para atenuar os enjoos da gravidez, mas seus resultados mostraram-se desastrosos.

De acordo com Wesendonck (2012, p. 213), aproximadamente 10 mil crianças em todo o mundo nasceram com essas deformidades. Na Alemanha, registrou-se mais de 4 mil “filhos da talidomida”, e seu fabricante teve de desembolsar 110 milhões de marcos para a

compensação dos danos sofridos pelas vítimas. Ainda, no Brasil, há uma pensão especial para as pessoas vítimas de talidomida, em que aproximadamente 800 pessoas estão cadastradas. De acordo com a Associação Brasileira de Portadores da Talidomida (2018):

A ingestão de um único comprimido nos três primeiros meses de gestação ocasiona a Focomelia, efeito descoberto em 1961, que provocou a sua retirada imediata do mercado mundial. No entanto, em 1965 foi descoberto o seu efeito benéfico no tratamento de estados reacionais em Hanseníase (antigamente conhecida como lepra), e não para tratar a doença propriamente dita, o que gerou a sua reintrodução no mercado brasileiro com essa finalidade específica.

A partir daí foram descobertas inúmeras utilizações para a droga no tratamento de AIDS, LUPUS, DOENÇAS CRÔNICO-DEGENERATIVAS - Câncer e Transplante de Medula.

Ainda não existem pesquisas sobre o período seguro para eliminação da droga pelo organismo. Recomendamos o prazo de no mínimo 1 ano após o tratamento para a gravidez

[...]

A Talidomida, por força da Portaria nº 354, de 15 de agosto de 1997, é proibida para mulheres em idade fértil em todo o território nacional.

Apesar da proibição, em casos especiais, médicos receitam a droga. Entretanto são previstas sanções legais, cabendo observar que mesmo com a assinatura de Termo de Esclarecimento aos Pacientes e Termo de Responsabilidade Médica, ambos podem ser responsabilizados pelo mau uso da droga.

Tem sido demonstrado que apenas o uso de anticoncepcionais por mulheres em idade fértil não é suficiente para prevenir a ocorrência de nascimentos de crianças com síndrome da Talidomida, pois a droga inibe o efeito dos anticoncepcionais. Portanto, deve-se usar o máximo de métodos contraceptivos para maior segurança. Além disso, é de extrema importância que todos os exames disponíveis de gravidez sejam utilizados (ex: urina, BHCG, etc).

Em 1982, contudo, foi sancionada a Lei n. 7.070, que concedeu uma pensão especial para as vítimas. Em 2003, igualmente, foi sancionada a Lei n. 10.651, que versa sobre o controle do uso da talidomida. Por fim, em 2010, foi promulgada a Lei n. 12.190, que dentre outras coisas concede indenização às pessoas portadoras da focomelia, no artigo 1º (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PORTADORES DA SÍNDROME DA TALIDOMIDA, 2018):

Art. 1º É concedida indenização por dano moral às pessoas com deficiência física decorrente do uso da talidomida, que consistirá no pagamento de valor único igual a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), multiplicado pelo número dos pontos indicadores da natureza e do grau da dependência resultante da deformidade física (§1º do art. 1º da Lei nº 7.070, de 20 de dezembro de 1982).

O caso da Talidomida é emblemático porque revela o fato de que a pesquisa, mesmo quando feita de modo exaustivo, pode ser insuficiente para obstar certos efeitos colaterais nos medicamentos, bem como para garantir a segurança dos consumidores nos produtos ou serviços de modo geral (CHINALLATO; MORATO, 2009, p. 38).

Além da tragédia da talidomida, pode-se lembrar também o caso do ditilstilbestrol (DES), vendido entre 1950 e 1970, composto de estrógeno para evitar aborto ou parto prematuro. Contudo, após o nascimento desses bebês, observou-se uma ligação entre o uso do medicamento e a constatação de câncer nas mães, bem como danos nas segundas e terceiras gerações dessas mulheres. Suas filhas nasceram com câncer vaginal e malformação no útero. Nos filhos, perceberam-se malformação genital, câncer no testículo e infertilidade. Já nas terceiras gerações, constatou-se danos cerebrais (WESENDONCK, 2012, p. 217).

Esse caso chama a atenção por conta do largo espaço de tempo entre a ingestão do medicamento e a constatação dos danos, o que dificultou de se fazer um liame vinculando a ingestão do produto e suas consequências. Ademais, é bem possível que a próxima geração também experimente danos por sequelas do produto (WESENDONCK, 2012, p. 217).

O caso *Brown vs. Abbott Laboratories*, mencionado em momento anterior, bem ilustrou o tratamento dado aos danos o DES nos Estados Unidos. Uma ação foi movida por mulheres cujas mães utilizaram, na época de sua gravidez, o DES. O julgamento pela Suprema Corte da Califórnia, em 1988, foi no sentido de que há um grande interesse público em desenvolver os medicamentos, ainda que apresente riscos. Por isso, não responsabilizaram o fornecedor, que poderia ser desestimulado a desenvolver pesquisas área (CALIXTO, 2004, p. 192).

Na Espanha, é famoso o caso do Lipobay, uma medicação anticolésterol. Em julho de 2001 foram registrados 82 tipos de reações adversas ao produto, e por isso foi retirado do mercado pela sua fabricante, a Bayer, por ter causado a morte de 31 pessoas nos EUA. É que o uso desse medicamento, associado a outro fármaco anticolésterol, de princípio ativo “gemfibrozilo”, ocasionou insuficiência renal nos pacientes. Na Espanha, ao todo 6 pessoas morreram. Em todo o mundo, morreram aproximadamente 100 pessoas (WESENDONCK, 2012, p. 218).

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça ainda não se manifestou expressamente sobre o tema após a vigência do CDC, inexistindo uma posição firmada. Do mesmo modo, não

foram encontrados julgados a respeito no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por outro lado, já deu conta de tocar no assunto, mas apenas para afirmar que a hipótese não tratava de risco do desenvolvimento, em que pese entender que no risco do desenvolvimento também há um defeito de concepção.

O objeto da ação cinge-se a uma motosserra que não possuía freios de segurança, causando graves lesões no ombro, boca e braço do autor e recorrente:

RESPONSABILIDADE CIVIL. CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FATO DO PRODUTO. RISCO DO DESENVOLVIMENTO. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FABRICANTE OU FORNECEDOR DO PRODUTO E OBJETIVA. EXCLUDENTES DO ART. 12 DEPENDEM DE PROVA A SER FEITA PELA EMPRESA E NAO PELO CONSUMIDOR. PRODUTOS PERIGOSOS, COM ACRESCIMO POSTERIOR DE MECANISMO DE SEGURANCA, NA PRESENCA DE DANO, OCASIONAM DEVER DE INDENIZAR. A DESOBEEDIENCIA A REGRAS DO MANUAL DE INSTRUcoes SE COMPUTA NA MEDIDA DA INDENIZACAO PELO DANO MORAL. APELACAO PARCIALMENTE PROVIDA (Apelação Cível Nº 70000228684, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 01/12/1999).

No corpo do acórdão, a relatora pontuou:

[...] no direito brasileiro, ao contrário do português, do italiano e do alemão, a causa de exclusão do parágrafo segundo do art. 12 do CDC não opera nestes casos de o defeito existir no momento em que posto no mercado, apenas não o permitindo detectar o conhecimento científico do fornecedor. Não se trata, pois, de lançamento de outro produto de melhor qualidade, mas sim de produto inseguro.

Ao fim, houve a condenação do fabricante, em virtude de existir um defeito de concepção, já que não se demonstrou nos autos a inclusão de freios no equipamento, embora essa inserção já tivesse sido ordenada pela Portaria da Secretaria do Trabalho e da Saúde n. 13/94. Assim, apesar de não ser efetivamente um risco do desenvolvimento, pois já se sabia da necessidade de utilização do aludido freio, ainda assim a relatoria entendeu que no risco do desenvolvimento há um defeito de concepção, o que, de qualquer forma, não afastaria o dever de indenizar.

Por fim, em que pese não existir posição consolidada do STJ após a vigência do CDC, o Superior Tribunal de Justiça julgou o caso do Energisan EV (REsp 6.422-PR. Min. Barros

Monteiro, j. 04-06-1991), ocorrido em 1984, em que uma jovem de 24 faleceu por conta de tal fármaco, tendo alterações no seu quadro clínico decorrente de uma ação de um componente do medicamento, o Dinitrila Succinica. A empresa ré argumentou que não tinha conhecimento do risco, e que se tratava de fato imprevisível. No Recurso Especial, contudo, manteve-se a sentença de primeiro grau, para condenar a empresa porque era responsável pelos riscos de sua atividade, que colocou produto em circulação sem a devida comprovação definitiva de sua eficiência e ausência de eventual dano.

Assim, conclui-se que embora não exista uma posição expressa de que os riscos do desenvolvimento não excluem a responsabilidade do fornecedor, o fundamento do risco da atividade e da existência do defeito, nesses casos, tem sido o pano de fundo para decidir questões semelhantes, motivo pelo qual é possível afirmar que o entendimento jurisprudencial brasileiro está de acordo com a proteção dos consumidores pretendia pelo CDC.

3.4 INCOMPATIBILIDADE DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO COM O SISTEMA BRASILEIRO DE RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO

Já se pôde observar, das argumentações explanadas até aqui, que existem tanto motivos contrários à responsabilização pelos riscos do desenvolvimento, quanto favoráveis. Entretanto, é preciso traçar um posicionamento de aplicação do instituto no CDC, observando sempre se é compatível, ou não, com a legislação então vigente.

Conforme exposto em momento pretérito, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor nasceu de uma disposição constitucional, e veio para responder a demandas que somente o Código Civil de 1916 não dava conta de superar. Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 primou pela hegemonia dos interesses coletivos frente aos individuais, pautando-se pela solidariedade social e com fundamento último no princípio da dignidade da pessoa humana (PASQUALOTTO, 1993, P. 166). Isso é importante porque mostra qual o sentido de existir do CDC: a proteção dos consumidores, de modo que sua interpretação sempre deverá se dar da forma mais benéfica ao bem da vida que pretende tutelar.

Nesse sentido, o CDC de plano protege a saúde e segurança dos consumidores como direito básico (artigos 8º e 6º, I), e a decorrência lógica disso é que os argumentos que não se voltam para a proteção do consumidor, seja para elidir ou responsabilizar o fornecedor, estão em desacordo com o propósito e finalidade do CDC. Assim, têm razão Cavalieri Filho (2015) e Benjamin (2016), na medida em que anotam a consagração da responsabilidade objetiva como meio de distribuir os riscos decorrentes da atividade empresarial, uma vez que nenhum bônus vem desacompanhado de um ônus.

Outrossim, o enfoque da responsabilização no CDC, como já visto, deixa de ser a conduta do agente e passa a ser lido sob o prisma da vítima, motivo pelo qual a pedra de toque que diferencia a responsabilização pelo fato do consumo é, na verdade, a existência de um defeito: a conduta seria, pois, a inclusão no mercado de um bem ou serviço defeituoso, com aptidão de causar um dano. E mais, havendo o dano e existindo um vínculo de causa entre dano e defeito, nasce o dever de indenizar. Assim, tecnicamente, somente haverá a responsabilização do fornecedor, quanto ao acidente de consumo, se presentes os pressupostos da responsabilidade civil: o defeito, o dano e o nexo causal entre eles (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 592).

De acordo com Miragem (2014) e Benjamin (2016, p. 169) o fato do produto ocorre quando há violação de um dever de qualidade por segurança, no qual a previsibilidade e normalidade do risco do produto é tão grande que ultrapassa as legítimas expectativas do consumidor, ocasionando um acidente de consumo e atingindo os consumidores em sua integridade física. Exatamente assim que se opera a lesão pelo risco do desenvolvimento: macula o dever de segurança protegido pelo CDC, motivo pelo qual faz surgir uma pretensão reparatória.

Para Benjamin (2016, 170) a legítima expectativa é a média do público alvo que o produto pretende alcançar, e não simplesmente as expectativas individuais de cada um. As expectativas serão legítimas quando, confrontado o estágio técnico e as condições econômicas da época, “mostrarem-se plausíveis, justificadas e reais”. Desse modo, é um desvio da legítima expectativa que torna a periculosidade inerente em adquirida. Além disso, essa expectativa legítima do consumidor é estabelecida por dois critérios: a normalidade (que decorre da natureza do produto) e a previsibilidade (significa que é de conhecimento geral) do risco – aquela seria um traço objetivo, enquanto esta se mostraria como um elemento subjetivo (BENJAMIN, 2016, p. 171).

Dessarte, considerando que os riscos do desenvolvimento ultrapassam a previsibilidade que normalmente se atribui a determinado produto, é evidente que ele fere as legítimas expectativas dos consumidores, motivo pelo qual sua periculosidade não é inerente ao uso comumente esperado e, por isso, se materializa em um defeito de concepção.

Não se nega que a sociedade de consumo é surpreendida com danos advindos de um bem de consumo até então considerado seguro, mormente quando essa lesão só se manifesta após um período de tempo. Contudo, ainda que verificado posteriormente, o dano continuará representando uma violação da legítima expectativa de segurança, circunstância essencial para sua determinação enquanto produto defeituoso (CALIXTO, 2004, p. 244-245).

Contudo, a caracterização do defeito mantém-se em segundo plano se observarmos que o CDC adota a responsabilidade objetiva que, como já mencionado reiteradamente ao longo deste trabalho, não importa à indagação da conduta do fornecedor ou mesmo à imprevisibilidade dos riscos, o que apenas reforça que o caráter defeituoso persistirá sempre que houver a violação de uma legítima expectativa (CALIXTO, 2004, p. 246).

Portanto, não interessa saber se o defeito poderia ou não ser imprevisível para o fornecedor, pois a norma consumerista conceitua o defeito como uma violação da segurança que legitimamente se espera com relação à apresentação, usos e riscos razoavelmente esperados (nesse caso, o quanto de perigo seria suportável com relação a determinados produtos ou serviços), bem como a época em que foi colocado em circulação (CDC, artigo 12, parágrafo 1º). Observa-se, assim, que o CDC nada dispõe quanto a imprevisibilidade dos riscos, motivo pelo qual o argumento emanado por Coelho (1993), de que não haveria um defeito frente à imprevisibilidade e incognoscibilidade dos riscos, bem como diante do estado da arte então existente, não tem fundamento se analisado de acordo com o CDC.

Pelo contrário, a adoção do critério do estado da arte somente aproxima a condição de responsabilização do fornecedor à responsabilidade subjetiva – o que não deve ser admitido neste caso. É que se o defeito deu-se dentro do processo produtivo, não há falar em excludente de responsabilidade, mesmo que tenha sido imprevisível – e, muitas vezes, o é. Lembre-se que é o fornecedor quem tem o dever de garantir a segurança dos consumidores, que são titulares do direito subjetivo à integridade física. Assim, o fornecedor deve “garantir que [o produto] não sofra nenhum tipo de alteração que possa torná-lo defeituoso, oferecendo riscos à saúde ou à segurança do consumidor”, caso em que haverá um fortuito interno (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 605).

O fortuito interno é caracterizado pela doutrina enquanto fato inevitável, normalmente imprevisível, que se liga à própria atividade do agente. Por essa razão, tratam-se de riscos que deveriam ser arcados pelo agente, que no exercício de sua autonomia privada gera situações com aptidão de lesionar a sociedade, assim como são os riscos do desenvolvimento (MIRAGEM, 2014).

Portanto, ainda que o defeito do produto seja imprevisível ou inevitável, e o fornecedor o tenha submetido a todos os testes possíveis, mantém-se a responsabilidade – caso em que se estará diante de um fortuito interno. Ademais, os riscos do empreendimento, ainda quando fortuitos internos, submetem-se à noção geral de defeito de concepção ou formulação do produto ou serviço. Outrossim, se o defeito se dá antes da introdução do produto no mercado (concepção), não importa saber o motivo que causa o defeito: o fornecedor sempre será responsável por suas consequências, embora não possa prevê-lo (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 609).

Além disso, a integridade física do consumidor não pode estar condicionada à existência de estudos que detectem a aptidão dos produtos ou serviços causarem danos, pois se é incumbido ao fornecedor o dever de lançar produtos seguros no mercado, também cabe a ele ponderar as consequências de sua introdução nos casos de seus efeitos não serem totalmente conhecidos (BAHIA, 2016, p. 72).

De mais a mais, a expressão “sabe ou deveria saber”, contida no artigo 10 do CDC, que proíbe a colocação no mercado de produto com alto grau de periculosidade ou nocividade não tem o condão de eximir o consumidor caso não soubesse do risco. Ao contrário, o dispositivo quer dizer somente que o fornecedor tem o dever lançar produtos seguros o suficiente, após exaustivos testes e pesquisas anteriores (SANSEVERINO, 2010, p. 345).

Dessa forma, não parece certo confundir a periculosidade que deriva de um produto com o risco assumido pelo fornecedor, já que esse resulta da própria atividade que desenvolve, e abrange tanto o produto defeituoso (defeituosidade), quanto o produto que cause perigo à incolumidade físico-psíquica do consumidor (periculosidade) (CHINELLATO; MORATO, 2009, p. 31).

Por outro lado, os que advogam pela irresponsabilidade quanto aos riscos do desenvolvimento, argumentam que a responsabilização do fornecedor obstará o investimento na pesquisa e progresso científico. No entanto, esse pressuposto já restou refutado por Calais-Auloy (1999), quando afirmou que mesmo a França, que sempre aplicou a

responsabilização do fornecedor nesses casos, não passou por qualquer retração econômica ou desestímulo científico. Ao contrário, a responsabilização fomenta a pesquisa dos fornecedores, que têm o dever de introduzir produtos seguros no mercado de consumo (CALIXTO, 2004, p. 248; WESENDONCK 2012, p. 224). Lembre-se, também, que se os fornecedores não teriam condições de arcar com esses custos, que dirá os consumidores, parte mais fraca da relação de consumo?

Deve-se levar em conta, por fim, que o risco do desenvolvimento é acolhido pela maior parte da doutrina brasileira, e inclusive foi objeto do Enunciado n. 43 da Jornada de Direito Civil, determinando que: “A responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”.

Portanto, conclui-se que inexistem elementos suficientes que permitam concluir pela adoção da teoria da irresponsabilidade pelos riscos do desenvolvimento pelo CDC, mormente porque exonerar o fornecedor de responsabilidade pelo risco do desenvolvimento transfere indevidamente os riscos do desenvolvimento ao consumidor, que não deveriam suportar os riscos da atividade de empreendimento do fornecedor.

CONCLUSÃO

Como se viu, o escopo do trabalho teve como objetivo responder ao problema da exclusão da responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço e analisar a sua (in)compatibilidade com o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Sem pretensões de esgotar totalmente o conteúdo, haja vista a amplitude de argumentos contrários e favoráveis tanto no direito brasileiro, quanto no âmbito internacional, buscou-se dar uma visão geral do que consiste o instituto do risco do desenvolvimento e o contexto de sua aplicação no plano mundial, bem como sobre o problema do risco na sociedade de consumo.

Para desenvolver o tema, no primeiro capítulo, foi dado o contexto da sociedade de risco à luz da teoria de Ulrich Beck (1986), a fim de demonstrar como a sociedade contemporânea lidou com os riscos decorrentes do galopante desenvolvimento tecnológico.

Em uma rápida análise histórica, foi possível demonstrar que os novos riscos são aqueles decorrentes de uma era pós Revolução Industrial, embora não sejam qualitativamente nem quantitativamente iguais aos riscos que os precederam. Os novos riscos são as incertezas fabricadas, caracterizados pela amplitude de seus resultados, que não se limitam ao tempo e espaço como antes, não são de fácil detecção e tomam forma, muitas vezes, de megaperigos não compensáveis.

Por isso, chegou-se à conclusão de que a gravidade de um agir arriscado não é sua atividade em si, mas o descontrole do Estado e de outras instituições políticas frente às incertezas fabricadas, que não têm aptidão de ofertar qualquer margem de segurança diante dos riscos. Para Beck (2002), o atual estado de incerteza decorre da inoperância das instituições e impossibilidade dos órgãos jurídicos e científicos alcançarem a velocidade do progresso tecnológico e, conseqüentemente, as incertezas fabricadas que o acompanham. Em razão disso, não se tem mais um modelo de sociedade compatível com os próprios problemas com os quais deve lidar, e a única saída é a normalização dos riscos, culminando exatamente na irresponsabilidade organizada, na qual ninguém é exatamente responsável por nada.

Também se deu uma breve diferenciação entre risco e perigo através dos marcos teóricos de Giddens (1990), Luhmann (1988) e Beck (2002), concluindo-se que embora Luhmann acredite na possibilidade de estar isento de risco se houver uma abstenção de agir, na sociedade de risco hodierna é impossível distanciar-se desses riscos, pois risco zero não existe. Além disso, o risco também pode ser caracterizado pela sua imprevisibilidade, ao passo

que o perigo seria um risco conhecido. Nesse sentido, os riscos do desenvolvimento se subsumem aos novos riscos da sociedade contemporânea, pois imprevisíveis e decorrentes de decisões humanas, portanto com grande carga política em sua natureza. Talvez por isso os riscos do desenvolvimento alberguem tanta divergência doutrinária a respeito de sua (in)aplicabilidade, pois ao passo que o desenvolvimento tecnológico busca melhorar a vida humana, também com isso pode trazer riscos graves, intergeracionais e mais do que isso, fabricados. A ideia de que é um risco criado traz ao debate grande tom político a respeito de quem deverá arcar com os custos desses riscos.

Além disso, na sociedade de risco, os instrumentos disponíveis para tentar dar ares de controle aos riscos incontrolláveis pautam-se pelo cálculo de probabilidade e eficiência de medidas paliativas e indenizatórias. Entretanto, diante de riscos não compensáveis, graves, e que não respeitam os limites de tempo e espaço, um agir posterior não dá conta de dirimir os resultados dos riscos, daí porque também se tratou do papel do princípio da precaução e prevenção em contexto de incerteza. Como visto, adiantar-se às consequências dos riscos, com um agir cauteloso e diligente, pode ser muito mais eficaz do que apenas compensar eventuais danos, motivo pelo qual o próprio CDC tem nesses princípios o pano de fundo da proteção da segurança dos consumidores.

É que em contexto de risco, a vulnerabilidade dos consumidores mostrou-se ainda mais alargada, haja vista a impossibilidade de não consumir produtos em uma sociedade de consumo. O modo de relação com a produção e os motivos que levam as pessoas a consumir produtos foi grandemente alterado principalmente em decorrência da Revolução Industrial, cujo aumento de produção fez necessário um grande escoamento desses produtos, daí porque nada é feito para durar.

Por isso, no segundo capítulo, tratou-se do dever de segurança e respeito à saúde dos consumidores como bens jurídicos de grande importância do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Desse modo, a responsabilidade civil no CDC dá enfoque à vítima e não mais à conduta do agente, que será responsabilizado através de uma constatação objetiva do dano e do nexo de causalidade, pois presumido o defeito no caso de acidente de consumo. Cabe ao fornecedor afastar o nexo de causalidade, seja demonstrando a ausência de defeito, a não colocação no mercado ou mesmo a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Disso se concluiu que o defeito é presumido por uma simples decorrência lógica do CDC, que alberga a demonstração da falta do defeito como principal fator de inexistência do

liame causal. Aliás, um dos pontos mais importantes no que toca aos riscos do desenvolvimento é a constatação do defeito enquanto violação das legítimas expectativas dos consumidores, em decorrência de um produto ou serviço de periculosidade adquirida. O próprio Código adota esse critério como elemento fundante do defeito. As legítimas expectativas dos consumidores decorrem da previsibilidade e normalidade do uso do produto, de modo que se os consumidores esperam determinado resultado pelas regras de uso normal daquele bem de consumo: se essa expectativa resta violada, há um defeito. O desfecho lógico é que havendo um acidente de consumo com um dano inesperado pelo consumidor, dado sua utilização normal, haverá naturalmente um defeito – mais um motivo pelo qual se conclui que o defeito é presumido nesses casos.

Por isso, se o risco do desenvolvimento é também uma violação das legítimas expectativas dos consumidores, causando um acidente de consumo, conclui-se que nada mais lógico do que entendê-lo enquanto um defeito de concepção, e não meramente um risco do qual ninguém deveria exatamente ser responsabilizado, pois advindo das boas intenções do desenvolvimento científico – aqui, faça-se um paralelo com a irresponsabilidade organizada de Beck (2002).

Ainda, em que pese a existência expressa das excludentes de causalidade, concluiu-se que há divergência doutrinária se esse rol seria taxativo ou meramente exemplificativo. Grande parte da doutrina defende um rol meramente enunciativo, para acolher a força maior e o caso fortuito externo enquanto excludentes de responsabilidade civil. O caso fortuito interno, ademais, é muito utilizado pela jurisprudência brasileira para aferir se é de responsabilidade do fornecedor arcar com os custos do acidente de consumo. Sendo os riscos do desenvolvimento uma consequência da própria atividade de empreendimento, conclui-se pela sua classificação em caso fortuito interno, endossando a responsabilização do fornecedor mesmo que seus resultados tenham se dado fora do alcance de sua previsibilidade.

A adoção da responsabilidade objetiva pelo CDC, no mesmo sentido, também é mais um argumento favorável com a responsabilização do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento. Ora, se a responsabilidade objetiva serve como meio de justiça social de redistribuição dos riscos da atividade, que é de fato de quem tem a atividade de empreendimento, não deveriam aí também estar incluídos os riscos do desenvolvimento? Ademais, o fornecedor possui muitos mais meios de redistribuir os custos do progresso

através do repasse de preços nos produtos, mas a dúvida que paira diante disso é: não seria isso igualmente uma forma de repassar a responsabilidade para a parte mais fraca?

No terceiro capítulo, por fim, passou-se por uma visão geral do direito comparado, introduzindo as discussões sobre o tema na União Europeia e nos Estados Unidos da América. Nessa linha, concluiu-se que a Diretiva 85/374/CEE saiu pela tangente ao se posicionar pela exclusão da responsabilidade pelos riscos do desenvolvimento, mas deixando em aberto para cada país dispor em contrário. E isso, ainda que o Livro Verde e o Parecer da Comissão do Meio Ambiente tenham sugerido pela reforma do aludido dispositivo. Com efeito, a aplicação dessa excludente de responsabilidade não foi agasalhada por todos os países, e outros, como a Alemanha, a recepcionaram em parte. No entanto, foi possível observar a aproximação dos critérios para verificação da exclusão pelos riscos do desenvolvimento na Diretiva com a responsabilização subjetiva dos fornecedores, pois tem como pedra de toque a imprevisibilidade dos riscos de acordo com um “fornecedor ideal”.

Já nos Estados Unidos, houve uma movimentação contrária à europeia, para afastar a responsabilização pelos riscos do desenvolvimento a partir de um lobby das seguradoras, que visaram diminuir o alto custo das indenizações fixadas pelos júris.

No Brasil, foi possível concluir pela recepção de duas vertentes quanto ao tema, dado que o próprio CDC não afirma de modo expresso pela responsabilização, mas também não a descarta. Nesse sentido, a doutrina que defende a exclusão da responsabilidade levanta argumentos de ordem política, econômica, social e técnica. Talvez o jurista que mais tenha se destacado pela defesa da exclusão da responsabilidade dos fornecedores seja Ugo Carnevali, italiano, que afirma justamente que a responsabilização dos fornecedores seria um modo de repassar à parte mais fraca os custos do progresso, exatamente a questão levantada quando tratado da redistribuição e absorção dos riscos. Por isso, Carnevali propõe a criação de um fundo geral para compensar os eventuais danos. A realização desse fundo é uma boa ideia que poderia de certa forma assegurar os consumidores, mas de grandes dificuldades práticas para sua implementação.

Disso se conclui que a manutenção da responsabilidade civil dos fornecedores é a medida mais acertada para não deixar os consumidores sem qualquer tipo de amparo caso venham a sofrer um dano decorrente de um risco do desenvolvimento. Veja-se que, dos casos práticos, observou-se que os danos podem ter inúmeras extensões e consequências imprevisíveis, de fato interferindo gravemente na vida dos atingidos. Por isso, enquanto não

houver outra forma de compensação ou medidas para assegurar a incolumidade física dos consumidores, ao menos a responsabilização do fornecedor deve ser mantida. Outra conclusão é que esse sistema se aproxima muito de um contrato de seguro, pois todos arcariam com os custos de um possível dano, porquanto embutidos nos preços dos produtos ou serviços. No entanto, não se vislumbra outra saída que não essa.

Conclui-se, por fim, que inexistem elementos suficientes que permitam adotar a teoria da irresponsabilidade pelos riscos do desenvolvimento no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, mormente porque exonerar o fornecedor de responsabilidade pelo risco do desenvolvimento é deixar os consumidores em desamparo completo, o que não deve ser admitido em um sistema que se diz protetivo à dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS PORTADORES DA SÍNDROME DA TALIDOMIDA. **O que é Talidomida?** Disponível em: <<http://www.talidomida.org.br/oque.asp>> Acessado em 12 de junho de 2018.

ALVIM, Eduardo Arrudo. **Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto no Código de Defesa do Consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, número 15, p. 132-150, jul./set. 1995.

BAHIA, Carolina Medeiros. **A sociedade de risco, o risco do desenvolvimento e as contribuições do princípio da precaução para a aplicação do direito do consumidor em contextos de incerteza**. In: XXV Encontro Nacional do CONPEDI. Brasília: 2016, p. 60-78. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/vgn7y7g7/aPZ02D59kjIc0Djk.pdf>> Acessado em: 28 de abril de 2018

BARBOSA, Livia. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: 2004.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Edição 70. Lisboa, 2008.

BECK, Ulrich. **Incalculable futures: World risk society and its social and political implications**. In: BECK, Ulrich (Org.). Ulrich Beck: Pioneer in cosmopolitan sociology and risk society. 1 ed. Heidelberg: Springer, 2014, v. 18, p.79-90.

_____. **La sociedad del riesgo**. Buenos Aires: Paidós, 1998.

_____. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores S.A, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei Federal nº 3.071, de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Código Civil de 1916**. Rio de Janeiro, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acessado em: 12 de junho de 2018.

_____. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm> Acessado em 10 de junho de 2018.

_____. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Código Civil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acessado em 10 de junho de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 6.422/PR. Relator: Ministro Barros Monteiro. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199000122791&dt_publicacao=05/08/1991> Acessado em: 12 de junho de 2018.

CALAIS-AULOY, Jean. **Le risqué de déveoppment: une exonération contestable.** Mélanges Michel Cabrillac. Paris: Dalloz-Litec, 1999, p. 81-90.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. **A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CARNEVALI, Ugo. **La Responsabilità del Produttore.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.

CASTRO, Fabiana Maria Martins Gomes de. Sociedade de Risco e o futuro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 44, p.112-120, out. 2002.

CASTRONOVO, Carlo. **Problema e Sistema nel Danno da Prodotti.** Milano: Dott. A. Giuffrè Editore. 1979.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; MORATO, Antônio Carlos. O risco do desenvolvimento nas relações de consumo. In: **Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana.** São Paulo: RT, 2009, p. 27-61.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 1994.

FRANÇA, Rubens Limongi. **As Raízes da Responsabilidade Aquiliana.** Rio de Janeiro, Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, v. 1 n. 1 p. 156-182, jan./jun. 1985. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista1/revista1%20R%20LIMONGI%20FRAN%C3%87A%20As%20Ra%C3%ADzes%20da%20Responsabilidade%20Aquilina.pdf>> Acessado em: 10 de maio de 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Helene Silvini. **Desvendando os organismos transgênicos – As inferências da Sociedade de Risco no Estado de Direito Ambiental Brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

GAMBARO, Daniel. **Bourdieu, Baudrillard e Bauman: O Consumo Como Estratégia de Distinção.** In: Revista Novos Olhares, 2012, v.1 n.1, p. 19-26.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora Unesp, 1990.

GOMES, Marcelo Kokke. **Responsabilidade Civil - Dano e Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **O princípio da precaução e sua aplicação do direito do consumidor: dever de informação**. Porto Alegre, Revista Direito & Justiça, v. 38, n.2, p. 156-182, jul./dez. 2012. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/o_principio_da_precaucao_e_sua_aplicacao_no_direito_do_consumidor_dever_de_informacao1_5.pdf Acessado em: 28 de abril de 2018.

HENKES, Silviana Lúcia. **A tutela do risco: dos velhos aos novos e futuros e riscos**. In: II Simpósio do Dano Ambiental na Sociedade de Risco, 2007, Florianópolis. II Simpósio de Dano Ambiental na Sociedade de Risco (CDRom). Florianópolis: UFSC, 2007. v. 1. p. 1-20.

JUNIOR, José Cretella. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**, v. 2, 1991, p. 1019.

LIMA, Iara Vigo de Lima; UCHIMURA, Guilherme Cavicchioli. **Direito, violação e tecnicidade: a Análise Econômica do Direito nas concepções de Coase e Brown**. In: Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/29913/23633>. Acessado em 03 de maio de 2018. DOI: 10.1590/2179-8966/2018/29913

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade Civil na Sociedade de Risco. In: **Sociedade de Risco e Direito Privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais São Paulo: Atlas, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives**, in Diego Gambetta ed., Trust: Making and Breaking Cooperative Relations (Oxford: Blackwell, 1988).

MARINS, James. **Responsabilidade da Empresa pelo Fato do Produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Disponível em:

<<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75937820/v5/document/100347364/anchor/a-100347364>> Acessado em: 22 de maio de 2018.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **A responsabilidade civil por presunção de causalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações: Fundamentos do Direito das Obrigações -Introdução à Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PARDO, José Esteve. **Técnica, riesgo y derecho**. Barcelona: Ariel S.A., 1999.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **A responsabilidade civil do fabricante e os riscos de desenvolvimento**. AJURIS: Revista da Ajuris, Porto Alegre, v. 20, n. 59, p. 147-168, nov. 1993.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil - Responsabilidade civil**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70000228684. Relatora: Desembargadora Rejane Maria Dias de Castro Bins Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70000228684&num_processo=70000228684&codEmenta=145812&temIntTeor=false> Acessado em: 12 de junho de 2018.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SERRANO, José Luis. **A Diferença risco/perigo**. In: Revista Novos Estudos Jurídicos, local, 2009, v. 14 n. 2, p. 233-250, maio-agosto 2009. Disponível em: <<http://www.cvs.saude.sp.gov.br/up/A%20diferen%C3%A7a%20Risco-Perigo.pdf>> Acessado em: 28 de abril de 2018.

SILVA, João Calvão da. **A responsabilidade Civil do Produtor**. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

SOUZA, Rodrigo Tissot de. **O dano extrapatrimonial coletivo nas relações de consumo à luz dos precedentes dos Tribunais de Justiça do sul do Brasil**. 2017. 127 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciência Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Cap. 3. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/182455/TCC_Rodrigo_Tissot_de_Souza.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em: 28 de abril de 2018.

STOCO, Rui. **Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 96, v. 855, p. 46-53, jan. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional**. In: Temas de Direito Civil. 4ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____, Gustavo. **A Responsabilidade Médica na Experiência Brasileira Contemporânea**. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Editora PMDA, v. 2, p. 41-75, abr./jun.2000.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva nº 85/374/CEE, de 25 de julho de 1985. Relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. **Diretiva 85/374 do Conselho da Comunidade Europeia**. Bruxelas. Disponível em: < <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A31985L0374> > Acessado em: 09 de junho de 2018.

_____. Livro Verde, de 28 de junho de 1999. **A Responsabilidade Civil Decorrente de Produtos Defeituosos**. Bruxelas. Disponível em: <http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com1999-396_pt.pdf> Acessado em: 03 de junho de 2018.

VENÂNCIO, Marina Demaria. **O Estado de Direito Ecológico e Agroecologia**: a legislação agroecológica na instrumentalização e ecologização do direito. 2017. 216 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Centro de Ciência Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Cap. 3. Disponível em: < <http://tede.ufsc.br/teses/PDPC1340-D.pdf> >. Acesso em: 28 de abril 2018.

WESENDONCK, Tula. **A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado**. Porto Alegre, Revista Direito & Justiça, v. 38, n.2, p. 213-227, jul./dez. 2012.